

THÈSE DE
PARIS.

1887.

N^o. 109.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES MODES D'EXTINCTION
DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN

DE LA PRESCRIPTION

EN MATIÈRE DES SERVITUDES RÉELLES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. RICHE

Avocat à la Cour d'appel.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES MODES D'EXTINCTION
DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN

DE LA PRESCRIPTION

EN MATIÈRE DES SERVITUDES RÉELLES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 16 juin 1887, à midi

PAR

P. RICHE

Avocat à la Cour d'appel.

Président : M. BOISTEL, Professeur

SUFFRAGANTS

MM. GARSONNET

CAUWÈS

MASSIGLI

PROFESSEURS

AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887





Digitized by the Internet Archive
in 2026

MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DES MODES D'EXTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES

PRÉLIMINAIRES

Si loin que se reportent dans l'histoire les documents du peuple romain, ils constatent à Rome l'existence de la propriété privée, qui dans son état primitif était le droit absolu par excellence, le *jus quiritium*, qui s'appliquait aussi bien aux immeubles qu'aux meubles ; et ce n'était pas chez les Romains un simple droit rudimentaire, c'était un droit aussi complet qu'on peut le concevoir. Les jurisconsultes cherchant à analyser les différents attributs de ce droit en auraient reconnu

trois : le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*, suivant les différentes espèces d'avantages que ce droit procure. Ces distinctions si judicieuses nous montrent qu'ils savaient en tirer le plus de profit possible, aussi pouvons-nous sans trop de présomption admettre en même temps l'existence des servitudes, qui, si elles sont contraires à l'élément privatif du droit de propriété qu'une personne peut avoir sur un fonds, augmentent la valeur du droit de propriété d'un autre fonds ; car, si par exemple une servitude réelle impose une charge bien minime le plus souvent à un fonds, elle augmente le fonds dominant d'une valeur bien supérieure à celle que peut avoir perdu le fonds servant ; aussi voyons-nous les juriconsultes romains traiter ces questions de servitudes souvent avec de grands détails. Malheureusement nous ne possédons pas en entier tous les documents sur cette question et bien des points sont encore pour nous obscurs en cette matière.

Le sujet de notre thèse est l'étude des modes d'extinction des servitudes prédiales, mais auparavant nous étudierons très brièvement les caractères généraux des servitudes.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES RÉELLES

La servitude réelle est le droit qui consiste à assurer à un fonds un certain avantage qui s'exerce par le propriétaire du fonds qui jouit de la servitude en empiétant sur le droit du propriétaire de l'immeuble grevé; elle a donc pour conséquence d'accroître le droit de propriété d'un fonds, d'une valeur égale à celle dont elle restreint celui d'un autre fonds.

Nous allons essayer de tirer de cette définition les caractères généraux de ce droit :

1° Quand il y a amoindrissement d'un fonds par le fait de la servitude, nous disons qu'il y a augmentation d'un autre fonds; car il y a transport et non pas perte du droit. Deux parties pourront bien convenir que l'une d'elles renoncera à l'exercice d'une quotité de son droit de propriété, mais s'il n'y a aucun profit pour le fonds de l'autre partie, il n'y aura là qu'une obligation personnelle et dont on ne pourra pas poursuivre l'exécution par les actions réelles qui sanctionnent le droit de servitude; de même ce droit n'existera pas, si la position du fonds est telle qu'il n'y a aucun avantage à tirer de la servitude pour le fonds dominant.

2° La servitude est une qualité du droit de propriété;

elle produit les mêmes effets que ce droit, d'où comme conséquence le propriétaire du fonds dominant ne peut l'exercer que comme il exerce un droit de cette nature, et par suite il ne peut obliger le propriétaire asservi à aucun acte positif; et si celui-ci est tenu de ne pas faire ou de laisser faire, c'est parce qu'il a cessé d'être propriétaire dans la mesure où l'est devenu celui qui exerce la servitude, et non pas parce qu'il y est obligé personnellement. C'est là ce qui nous est dit au Digeste (L. 15, § 1^{er}, liv. VIII, tit. I) : « *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viri-* »
« *daria tollat, aut amœniorem prospectum præstet,* »
« *aut in hoc in suo pingat : sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* »

3° Comme la propriété, la servitude est perpétuelle, et, en effet, elle forme entre deux fonds un rapport constant qui tire son existence de ces deux mêmes fonds, et qui par suite peut durer aussi longtemps qu'eux; donc tant qu'ils dureront, la servitude pourra exister, et l'aliénation de l'un ou de l'autre ne la fera pas périr; car, quels que soient les propriétaires, sauf le cas où il y aurait confusion, les deux fonds resteront toujours l'un créancier l'autre débiteur de la servitude, et, si l'on peut s'exprimer ainsi, c'est l'un d'eux qui la doit etc'est à l'autre, et non pas à son propriétaire, qu'elle est due. De plus, disons-nous, c'est un rapport constant et invariable, d'où par suite elle n'est pas sus-

ceptible d'une aliénation distincte, car si on la sépare des deux fonds qui comportent son exercice, on détruit par là même ce rapport et par suite la nature de ce droit. C'est aussi pour le même motif que les Romains ont admis la règle *servitus servitutis esse non potest*, car, la constitution d'une servitude sur une servitude serait une aliénation partielle, qui ne serait pas plus permise que l'aliénation totale, venant détacher une partie de la servitude du fonds au profit duquel elle a été constituée et indépendamment de ce même fonds dont la propriété n'est pas transférée.

De ce caractère perpétuel que les Romains ont reconnu à ce droit, ils ont tiré cette conséquence [que la cause devait aussi être perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle doit être telle qu'elle ne fasse pas prévoir une extinction pour l'avenir par le fait de la jouissance du droit que l'on exerce dès maintenant et c'est là ce que Paul nous exprime au Digeste : « Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest » (L. 28, *in fine*, liv. VIII, tit. II). Ce texte nous fait voir jusqu'à quel point cette idée a été poussée ; une servitude de puisage ne peut pas exister sur un étang, car n'étant pas alimenté par des sources vives, il viendra un moment où le puisage ne pourra plus s'exercer faute d'eau ; et c'est encore la même idée qu'il exprime dans cette même loi, lorsqu'il nous montre un cas où

la cause n'est pas perpétuelle : *Neque enim perpetuam causam habet quod manu fit*; car une *causa* qui dépend du propriétaire du fonds servant n'a pas un caractère assez permanent pour donner naissance à une servitude. Il y a du reste une raison de plus pour qu'il n'y ait pas de servitude dans ce cas particulier examiné par Paul, c'est la règle vue plus haut : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis*.

4° Enfin comme dernier caractère de la servitude, nous avons l'indivisibilité : *Servitutes dividi non possunt*, dit Pomponius; c'est-à-dire qu'elles affectent soit le fonds entier, soit une partie déterminée du fonds, mais jamais une part indivise du fonds; et, en effet, on ne peut pas même par la pensée concevoir un droit de cette nature s'exerçant non sur un endroit déterminé, mais sur une quote-part idéale d'un fonds; et de même on n'admet pas qu'une servitude n'existe qu'au profit d'une quote-part d'un fonds, car il serait impossible de concevoir que l'exercice de la servitude ne profitât qu'à cette quote-part sans profiter en même temps aux quotes-parts des autres propriétaires. Aussi les Romains ont-ils admis que la servitude était due par tout le fonds et à tout le fonds, les obstacles naturels pouvant seuls limiter son étendue; mais cette idée d'indivisibilité n'empêche pas que la servitude, au point de vue de ses avantages, ne puisse être limitée quant à son mode et quant au lieu où elle devra s'exercer, et le Digeste

nous fournit de nombreux exemples de stipulations semblables.

De cette indivisibilité découle cette conséquence qu'un fonds commun ne deviendra ou ne cessera d'être servant ou dominant qu'avec l'assentiment de tous les copropriétaires, car la volonté de tous est nécessaire pour acquérir ou perdre un droit, qui s'étendra sur toutes les quotes-parts ou au profit de toutes les quotes-parts dont se compose le fonds.

DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES

Quoique perpétuelles, les servitudes sont destinées à s'éteindre après une existence plus ou moins longue; et elles sont trop contraires à la liberté du droit de propriété, pour que le législateur ne favorise pas leur extinction, quand il juge qu'elles sont devenues inutiles ou impossibles à exercer. Nous allons donc étudier ces causes d'extinction, qui sont au nombre de sept :

- 1° La perte de l'un des fonds ;
- 2° La renonciation ;
- 3° Le non-usage ;
- 4° La prescription ;
- 5° La confusion ;

6° L'arrivée du terme ou de la condition ;

7° La résolution du droit du constituant.

Ce sera là l'objet d'autant de paragraphes de notre thèse.

§ 1. *Perte de l'un des fonds.*

Puisque la servitude est une qualité du droit de propriété du fonds servant transportée au fonds dominant, il faut donc qu'il y ait un fonds qui puisse fournir cette qualité et un autre qui puisse en profiter. Or si le fonds servant est détruit, toutes les qualités, dont il jouit, seront également détruites et la servitude sera éteinte faute d'objet ; si, au contraire, c'est le fonds dominant qui disparaît, elle sera éteinte faute de sujet ; cette extinction provient donc de ce que, par sa transformation, le fonds a perdu ses attributs et ses qualités.

La transformation du fonds, rendant impossible l'existence de la servitude, peut se présenter sous plusieurs aspects que nous allons examiner : supposons que la servitude qui grève ou dont profite un fonds soit une de celles *quæ in solo consistunt*, par exemple une source. Cette servitude sera éteinte, soit par exemple : parce qu'une conflagration naturelle aurait détruit la

source ou aurait fait jaillir ses eaux en dehors des limites du fonds asservi : dans ce cas, l'extinction va de soi et de plus elle est radicale, c'est-à-dire, qu'elle ne renaîtra même pas, si, *intra tempus*, une source venait à jaillir dans le même fonds ; car cette nouvelle servitude aurait une nouvelle *causa* et elle ne serait plus rétablie *in pristinum statum*. Ou bien la source sera tarie : mais *quid* si avant que le délai pour le non-usage ne soit expiré, la source vient à rendre de l'eau ? pourrions-nous dire que par ce fait de non-usage forcé, il y a eu une transformation du fonds assez grande pour amener l'extinction de la servitude de puisage ? Non , car ici il n'y a point eu de transformation du fonds, puisqu'il a gardé sa substance et ses qualités ; il n'y a eu qu'une impossibilité de jouir résultant d'un cas fortuit et le non-usage aura seul dans ce cas assez de force pour éteindre le droit : « Si locus per quem via, « aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam « servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est ; « servitus quoque in pristinum statum restituitur » (Dig., L. 14, *princ.*, liv. VIII, tit. VI). Ne résulte-t-il pas de ce que nous disons ici une confusion entre les deux modes d'extinction résultant de l'impossibilité d'user de la servitude et du non-usage : non, car quand on parle du non-usage, on le suppose généralement volontaire de la part du propriétaire du fonds do-

minant; mais nous constatons ici que le propriétaire du fonds dominant n'échappe pas à l'extinction du droit de servitude, même en prouvant qu'il lui a été impossible d'exercer ce droit.

Supposons maintenant que la servitude soit une de celles *quæ in superficie consistunt* : par exemple une *stillicidii servitus*; si la maison qui jouit de cette servitude vient à périr, que se passera-t-il? « Si sublatum sit
« ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem
« specie et qualitate reponatur, utilitas exigit; ut idem
« intelligatur: nam alioquin, si quid strictius interpre-
« tetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur » (Dig., L. 20, § 2, liv. VIII, tit. II). Ce texte nous fait bien voir le principe : la servitude est éteinte, car une maison, même identiquement semblable à celle qui a été détruite, ne peut plus être cette même maison, et la servitude n'existe plus *in pristinum statum*. Mais ce texte nous fait voir en même temps l'exception au principe; la nouvelle maison est reconstruite *ut eadem specie et qualitate reponatur servitus*, et alors la servitude revivra, et la raison de cette exception nous est donnée par le texte *Utilitas exigit*; ce mot d'*utilitas* est bien la vraie raison, car c'eût été rendre bien précaires ces servitudes *quæ in superficie consistunt*, si on avait lié leur existence à celle des fonds à la charge ou au profit desquels elles s'exercent; c'est bien là une disposition de faveur à leur profit, et, pour nous en con-

vaincre, nous voyons, pour l'usufruit, une solution tout opposée, que les uns attribuent à son caractère temporaire, et d'autres à la défaveur avec laquelle ce droit était vu chez les Romains; le principe est alors appliqué dans toute sa rigueur et sans aucune exception : « Quod si jam ædificavit dominus : is, qui iter
« et actum habet, adhuc potest intendere jus sibi esse :
« fructuarius autem non potest, quia amisit usumfruc-
« tum : et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Ju-
« lianum ait » (Dig., L. 9, *princ.*, liv. VIII, tit. V).

Nous venons de voir ce qui se passe quand le fonds est détruit par cas fortuit; voyons maintenant ce qui se passera, si c'est par le fait de l'homme que l'un des deux fonds est devenu impropre à l'exercice de la servitude. Un texte de Paul nous donne la solution de cette hypothèse : « Si eo loco, per quem mihi debetur, tu
« ædificaveris, possum intendere, jus mihi esse ire,
« agere, quod si probavero, inhibebo opus tuum. Item
« Julianus scripsit, si vicinus in suo ædificando effece-
« rit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere
« de jure meo, id est, jus esse immittendi stillicidium ;
« sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædifi-
« cavit : sive usumfructum, sive viam habet, jus sibi
« esse ire, agere vel frui, intendere potest. Quod si
« jam ædificavit dominus : is, qui iter et actum habet,
« adhuc potest intendere jus sibi esse » (Dig., L. 9, *princ.*, liv. VIII, tit. V).

Il commence par supposer que le propriétaire du fonds servant fait obstacle au droit de passage du propriétaire du fonds dominant par une construction quelconque ; le propriétaire du fonds dominant doit protester en exerçant l'action confessoire et faire défense d'élever les constructions. Julien suppose à son tour que le propriétaire du fonds servant, construit sur son fonds de façon à m'empêcher d'exercer ma servitude *stillicidii immittendi* ; c'est à moi, dans ce cas, à exercer l'action confessoire comme dans l'autre hypothèse. La conséquence en est l'extinction de la servitude, si je n'intente pas cette action dans les deux ans pour pouvoir user de la servitude.

Pour que la servitude soit éteinte par la perte du fonds, il faut que cette perte soit totale par rapport à l'exercice de la servitude ; si donc le fonds dominant peut encore tirer profit de la servitude en en changeant le lieu d'exercice, elle continuera d'exister, et un texte de Celsus nous montre la survie du droit, quoique le champ de son exercice ait été réduit : « Et adhuc id « loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non « est, ut sufficiat viæ » (Dig., L. 6, § 1, liv. VIII, tit. VI). Il en sera de même si le mode d'exercice est changé, pourvu, bien entendu, que le but reste le même : « Is « cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere « uteretur, alio genere fuerat usus : videamus, ne « amiserit servitutem... ideoque in omnibus istis

« quæstionibus servitus quidem non amittitur » (Dig., L. 11, *princ.*, liv. VIII, tit. VI). — Ces textes ne supposent pas que le changement dans l'exercice ou dans le mode de la servitude ait eu lieu par suite de la perte de l'un des fonds, mais ils posent un principe que nous pouvons appliquer dans notre hypothèse particulière.

En résumé donc, la destruction de l'un ou des deux fonds entraîne extinction de la servitude, quand leur transformation est telle que la servitude ne peut plus être exercée.

§ 2. *Renonciation.*

La renonciation est l'acte exprès ou tacite par lequel le propriétaire du fonds dominant fait remise de son droit de servitude au propriétaire du fonds servant; cet acte a donc pour conséquence de rendre au fonds servant la jouissance du droit que la servitude lui avait enlevé

C'est par un acte volontaire qu'elle s'opère, car il faut la volonté des propriétaires du fonds dominant et du fonds servant; cette volonté peut être expresse ou tacite, mais elle ne peut émaner que du propriétaire; donc, tous ceux qui n'ont qu'un droit personnel sur la chose n'ont pas ce pouvoir, et même ils ne peuvent

pas s'obliger à ne pas se servir de la servitude, car ils ne peuvent pas changer la nature de la chose. Ils peuvent bien, à la vérité, contracter l'obligation personnelle de ne pas en user, et s'ils manquaient à leur promesse, ils seraient repoussés par une exception de dol, mais la servitude subsiste toujours. En est-il de même de l'usufruitier? Il faudra admettre pour lui la même solution, car il n'a que le droit de jouir et le droit d'user; mais il n'a pas le *jus abutendi*; or celui-là seul, qui possède ce droit, peut renoncer valablement à une servitude. Du reste, nous n'avons qu'à nous reporter à la définition que Justinien nous donne de l'usufruit : « *Ususfructus est jus alienis rebus utendi, « fruendi, salva rerum substantia* » pour voir que ce droit n'appartient pas à l'usufruitier, car faire remise d'une servitude, c'est changer la nature de la chose. Il en est de même, à plus forte raison, pour l'usager, qui a sur la chose un droit encore moindre.

Ces personnes qui représentent le propriétaire pourront évidemment arriver à éteindre la servitude par non-usage, mais ce ne sera plus une remise, et il faudra appliquer les règles spéciales à ce mode d'extinction, entre autres le délai; de plus, ils devront réparation au propriétaire (Dig., L. 1, § 7, *Usuf. quem. caveat.*, liv. VII, tit. IX). Ce que nous venons de dire de l'usufruitier n'est cependant vrai que quand il a donné la caution de jouir en bon père de famille; mais

s'il ne l'avait pas donné, il ne serait tenu à aucune réparation, car il est simplement détenteur de la chose d'autrui, tenu de ne pas la détériorer lui-même, car sans cela il tomberait sous le coup de la loi Aquilia, mais non pas tenu de la soigner, du moment où il n'a contracté aucune obligation à ce sujet.

De même le tuteur et le mari ne pourraient priver ainsi les immeubles du mineur ou de la femme des servitudes actives qui leur seraient dues (L. 5, *De reb. eorum qui sub tutela*, Dig., L. 6, *De fundo dot.*). Le tuteur ne le peut pas par suite de la prohibition, faite par le célèbre sénatus-consulte de Septime-Sévère, d'aliéner les fonds suburbains et rustiques du pupille, *sine decreto prætoris*. Le mari ne le peut pas, quoique propriétaire du fonds dotal, par suite de l'inaliénabilité de ce fonds, établie par la loi Julia. Dans ces deux cas, à la différence de ce qui se passe pour l'usufruitier, la servitude ne pourra pas non plus être éteinte par non-usage, car l'inaliénabilité du fonds s'oppose à ce mode d'extinction.

Supposons maintenant que le fonds dominant appartienne par indivis à plusieurs ? Si un des copropriétaires fait remise de la servitude, cette remise n'atteindra pas le droit des autres, car il n'a pas pu traiter au nom du fonds et c'est le fonds, qui est créancier de la servitude, qui, nous le savons, n'est pas susceptible d'être divisée. Il faudrait le concours de tous les copro-

priétaires pour amener l'extinction, mais l'acte qu'il a fait n'est nul qu'en tant qu'il porte atteinte aux droits de ses copropriétaires; et d'abord tant que tous ceux-ci n'auront pas confirmé la renonciation de la servitude, celui qui y a renoncé ne sera cependant pas admis à s'en servir, quoique la question ait été controversée (Dig., L. 11, liv. VIII, tit. III) : « Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi, agendi potest separatum tim cedi..... benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse » ; de plus, si un jour il devient seul propriétaire, la remise qu'il a faite deviendra valable. Si à l'inverse c'est le fonds servant qui est indivis, il faudra également le concours des volontés de tous les copropriétaires pour que ce fonds puisse être affranchi de la servitude.

La remise, avons-nous dit, peut être expresse ou tacite : expresse, il faudra alors appliquer la règle : *quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* ; il faut donc voir d'abord de quelle manière une servitude réelle peut être constituée : la *mancipatio*, seulement pour les servitudes rurales, l'*in jure cessio* et la *lex* pour les servitudes rurales ou urbaines. Or, la remise ne peut se faire que de cette manière : aucun texte, il est vrai, n'existe pour la *mancipatio*, mais rien non plus ne peut nous faire supposer que l'on ait appliqué pour cette forme une exception au principe ci-dessus. Quant à

l'in jure cessio, un texte de Pomponius (D., L. 18, liv. XIII, tit. IV) emploie les mots « *cesserint, cesserit* » dans une hypothèse où il est question de l'extinction d'une servitude ; évidemment le jurisconsulte disait *in jure cesserit* et Justinien dans son Digeste a supprimé les mots *in jure*, parce que la *cessio in jure* n'existe plus de son temps. Nous concevons d'ailleurs très bien que ce procès fictif n'est autre qu'une action négatoire fictive : celui qui veut obtenir la renonciation à la servitude de la part du propriétaire du fonds dominant nie que son fonds soit grevé de cette servitude : le propriétaire du fonds dominant n'y contredit pas et le prêteur proclame que ce même propriétaire n'a pas le droit d'exercer la servitude.

Qu'arriverait-il si le propriétaire du fonds dominant cédait *in jure* la servitude au propriétaire d'un autre fonds ? Il est certain qu'une servitude ne peut pas être détachée d'un fonds pour être attribuée à un autre fonds : mais cette *cessio in jure* aurait-elle au moins un effet partiel ? Vaudrait-elle seulement comme renonciation à la servitude, sans attribution de ladite servitude au nouveau fonds ? Nous ne voyons pas que cette question soit traitée par les textes, en ce qui concerne les servitudes, mais elle l'a été pour l'usufruit, et la solution a été l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes : les uns, comme Gaius (C. II, § 30) soutiennent qu'il n'y a rien de fait ; d'autres, comme Pomponius

(L. 66, XXIII, 3) paraissent décider, quoiqu'on ait voulu le contester, que l'acte vaut comme renonciation à l'usufruit, lequel fait retour immédiatement à la nue propriété; ce n'est pas d'ailleurs le seul cas où les Romains aient admis qu'une *cessio in jure* faite à autrui produit des effets partiels, éteignant les droits du cédant sans les faire acquérir aux cessionnaires; il en existe un exemple célèbre dans la *cessio in jure* de ses droits successifs faite par un héritier, qui a déjà fait adition. Nous n'aimons pas à scinder ainsi les effets de la *cessio in jure*, ne respectant qu'une partie de la volonté du cédant, sans lui laisser produire son effet complet; nous dirons donc plus volontiers avec Gaius, et en appliquant les idées de ce jurisconsulte à notre hypothèse, que la *cessio in jure* d'une servitude faite par le propriétaire du fonds dominant à un tiers laisse subsister la servitude et ne doit pas être considérée comme une renonciation à ce droit.

La remise d'une servitude par la loi trouve son application dans le cas de legs, lorsque le propriétaire du fonds dominant lègue la servitude au propriétaire du fonds servant.

Ces modes là seuls peuvent éteindre la servitude d'après le droit civil, mais un pacte qui viserait au même but ne serait pas dépourvu d'effets : la servitude subsisterait bien encore, mais le prêteur en paralyserait la revendication par voie d'exception.

Sous Justinien nous ne pouvons plus rencontrer la *cessio in jure* comme mode d'effectuer la renonciation à la servitude, et son extinction immédiate ; là où les jurisconsultes parlaient de céder *in jure* la servitude, il efface, comme nous l'avons dit plus haut, les mots *in jure* et se contente de dire qu'on peut céder la servitude au propriétaire du fonds servant : mais qu'est-ce que cette cession ? Ce n'est plus qu'un simple pacte et de même que pour l'établissement des servitudes on a dû remplacer la *cessio in jure* par des pactes et des stipulations, de même on a dû substituer le pacte à la *cessio in jure* pour produire la renonciation à la servitude. Ce pacte, d'après le droit prétorien, éteignait la servitude *exceptionis ope* ; mais il semble impossible de ne pas admettre que sous Justinien il l'éteint *ipso jure*. Quand on dit que les pactes et stipulations peuvent créer le droit de servitude sous Justinien, la majorité des auteurs croient et nous croyons avec eux qu'une quasi-tradition, consistant dans l'exercice de la servitude, est nécessaire pour compléter l'effet de ces pactes et stipulations. Faut-il dire de même au point de vue de l'extinction que le pacte, par lequel on renonce à la servitude, doit être complété par la cessation de l'exercice de la servitude : nous sommes sans textes pour trancher cette question, et quoique l'analogie puisse conduire à la solution affirmative, nous préférons dire cependant que le pacte suffit ; c'est que si, en droit ro-

main, les pactes sont impuissants à créer des droits réels sanctionnés par le droit civil, il n'est pas sans exemple qu'un pacte puisse éteindre *ipso jure* un droit sanctionné par le droit civil.

La remise peut aussi être tacite : la volonté du propriétaire du fonds dominant s'induit de ce qu'il a laissé faire sur le fonds servant des actes qui rendent impossible l'exercice de la servitude : « Si stillicidii immit-
« tendi jus habeam in aream tuam, et permiserò jus tibi
« in ea area ædificandi : stillicidii immittendi jus
« amitto » (Dig., L. 8, liv. VIII, tit. VI) ; ou bien encore le même fait se produira lorsqu'il a assisté à la vente du fonds servant et qu'il l'a laissé vendre comme libre de toutes charges. Dans tous ces cas, s'il prétend que la remise est nulle, le prêteur repoussera l'action réelle que le droit civil autorise par une exception *pacti conventi* ou *doli mali* : « Quæsitum est si, : cum
« fundi usumfructum haberem, eum fundum me vo-
« lente vendideris : an vindicanti mihi usumfructum
« exceptio sit objicienda? et hoc jure utimur, ut
« exceptio doli noceat » (Dig., L. 4, § 12, liv. XLIV, tit. IV). Mais il faut que la volonté du propriétaire ne soit pas équivoque, il faut se souvenir que la renonciation à un droit ne se présume pas ; aussi devra-t-on interpréter restrictivement les actes du propriétaire du fonds dominant et s'il possède sur un même fonds deux servitudes qui se complètent l'une l'autre, on ne peut pas

induire l'extinction de l'une parce qu'il aurait fait remise de l'autre, et le propriétaire du fonds servant ne pourra pas faire des actes qu'il peut faire par suite de la remise de la première servitude, si ces actes empêchaient l'exercice de la deuxième servitude. C'est ce que nous trouvons expliqué dans un texte de Pomponius qui suppose que le fonds servant est grevé à la fois d'une servitude *ne altius tollendi* et d'une servitude de *stillicide*; or, en faisant remise de la servitude *ne altius tollendi*, on admet que le propriétaire du fonds dominant ne fait pas remise de l'autre servitude et si de nouvelles constructions sont élevées, elles doivent être construites de façon que la servitude de *stillicide* puisse encore s'exercer (Dig., L. 21, liv. VIII, tit. II).

La remise ne peut être que totale; le principe de l'indivisibilité des servitudes ne permet pas une remise partielle d'un droit de cette nature; c'est là ce que nous déduisons par un argument *a contrario* d'un texte de Paul : « Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest » (Dig., L. 6, liv. VIII, tit. I); et c'est pourquoi la remise d'une servitude ne sera également valable, quand le fonds est indivis entre plusieurs copropriétaires, qu'autant que tous y auront consenti, car, si on admettait la solution contraire, la liberté du fonds serait acquise pour une part indivise, ce qui ne se peut. « Unus ex sociis fundi communis » permittendo jus esse ire agere, nihil agit. Et ideo,

« si duo prædia, quæ mutuo serviebant, inter eosdem
« fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte
« retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non
« potest : quamvis enim unusquisque sociorum solus
« sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non per-
« sonæ sed prædia deberent, neque adquiri libertatem,
« neque remitti servitus per partem poterit » (Dig.,
L. 34, liv. VIII, tit. III).

Cependant le propriétaire du fonds dominant pourra bien s'engager à restreindre l'exercice de la servitude, mais ce sera là une obligation personnelle à laquelle ne seront pas tenus les propriétaires suivants, car, dans ce cas, il n'aura pu agir qu'en son nom et non au nom du fonds. On peut cependant soutenir qu'une remise partielle est possible, si l'objet de la servitude est susceptible de division, en grevant le fonds dominant et la servitude dont il jouit et qui ne fait qu'un avec lui, d'une servitude en sens contraire, qui aura pour effet d'empêcher d'exercer partiellement la servitude primitive; c'est ainsi que l'on a cherché à expliquer la fameuse difficulté qu'il y a à comprendre les servitudes *altius tollendi* et surtout *stillicidii non recipiendi*.

Il faudra, pour cette cause d'extinction, examiner avec le plus grand soin les actes de remise tacite, car il ne faudrait pas éluder les règles du non-usage, et ainsi produire l'extinction immédiate d'une servitude, quand, au contraire, il faudrait un certain laps de

temps. On sait que, pour les servitudes urbaines, le non-usage doit être doublé d'une *usucapio libertatis* et qu'il ne commence à courir que du jour où il a été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude : cet acte contraire, le propriétaire du fonds dominant, l'a-t-il connu ? Une simple abstention ne nous suffira pas pour admettre une renonciation tacite à la servitude et nous exigerons des faits positifs, qui impliquent sa renonciation, immédiate, quoique tacite, à la servitude.

Disons, en terminant, que la renonciation, dont nous avons simplement considéré les formes, peut avoir lieu en vertu de causes bien distinctes, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ; et, dans ce dernier cas, il faudrait lui appliquer les règles spéciales à la matière des donations, règles que nous ne développons point, parce qu'elles sortent de notre sujet.

§ 3. *Non-usage.*

La servitude étant constituée au profit d'un fonds, il est naturel que le législateur l'éteigne, quand elle lui semble devenir inutile ; or, si le propriétaire du fonds dominant reste pendant deux ans sous l'époque classique sans jouir des avantages que ce droit lui donne, on induit de ce non-usage l'inutilité de la servitude ;

aussi on admet qu'après ce délai elle est éteinte et le fonds servant devient libre. Dioclétien fait découler cette extinction de la peine que l'on inflige à la négligence de celui qui n'use pas de la servitude, quand rien ne l'empêchait de jouir de son droit : « Qui enim in « tam longo proliquoque spatio suum jus minime consecutus est, sera poenitentia adpristinam servitutem reverti desiderat » (Code, L. 14 *princ.*, liv. III, titre XXXIV).

Le principe est que toute servitude, quelle qu'elle soit, peut s'éteindre par non-usage ; et Paul nous le dit en nous faisant bien remarquer que si la loi Scribonia a aboli l'acquisition des servitudes par l'usucapion, il en est différemment pour l'extinction. Mais les conditions du non-usage ne sont pas les mêmes pour toutes les servitudes, et Ulpien distingue formellement les servitudes rurales des servitudes urbaines. « Hæc autem jura similiter, ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt ; nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat » (Dig., L. 6 *princ.*, liv. VIII, tit. II). Nous allons chercher à quels signes on reconnaît une servitude rurale d'une servitude urbaine.

D'après une première opinion soutenue par MM. Machelard et Accarias, on ne s'attache qu'au fonds dominant et à sa nature : ce fonds est-il non bâti, c'est un

prædium rusticum ; dans le cas contraire c'est un *prædium urbanum*. Justinien, en définissant le *prædium urbanum*, nous donne par *a contrario* la définition du *prædium rusticum*. « Quoniam ædificia omnia urbana « prædia appellamus, etsi in villa ædificatæ sint » ; or, les Romains pour dénommer les servitudes s'occupent seulement de l'objet au profit duquel elle est constituée ; et c'est pourquoi nous les voyons désigner les servitudes par les mots *servitutes prædiorum urbanorum* ou *servitutes prædiorum rusticorum*. Ainsi donc, d'après ce système, la servitude rurale est celle qui est due à un fonds dominant rural et la servitude urbaine celle qui est due à un fonds dominant urbain. Nous en avons encore comme preuve la dénomination des servitudes personnelles ; on les appelle *servitutes personarum*, ce qui veut incontestablement dire servitudes au profit des personnes, donc *servitutes prædiorum rusticorum* ou *urbanorum* signifie servitudes au profit d'un fonds rural ou urbain.

Dans ce système donc une même servitude, sans être changée en quoique ce soit dans son essence, pourra être tantôt rurale, tantôt urbaine selon la nature du fonds dominant, puisque c'est lui seul qui fixe son espèce ; c'est là une conséquence qui au premier abord paraît inadmissible, ainsi que nous le dit Vinnius en commentant les Institutes de Justinien : *ratio non patitur ut eadem specie servitus nunc rustica nunc ur-*

bana dicatur (Inst., *De servi*, § 1, n° 1) et, en effet, quand les Institutes nous donnent les listes des servitudes urbaines ou rurales, par exemple pour les servitudes rurales, l'*iter*, l'*actus*, la *via*, elles ne distinguent pas au profit de quel fonds existent ces servitudes ; elles les déclarent rurales dans tous les cas, ce qui semble par suite être en contradiction avec le système que nous soutenons. Mais si l'on s'attache à l'obligation du fonds servant par exemple, on peut l'expliquer en ce sens qu'une même servitude établie au profit d'un fonds rural ne comporte pas les mêmes obligations que si elle était établie au profit d'un fonds urbain ; ainsi la servitude de puisage sera ordinairement plus lourde quand elle est rurale que quand elle est urbaine. Ce que nous venons de dire pour l'obligation du fonds servant, nous pouvons également le répéter pour le profit qu'en retire le fonds dominant ; du reste, le texte suivant d'Ulpien : « Hoc interdictum prohibitorium est, « pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitudes », (Dig., L. 1, § 1, liv. XLIII, tit. XIX) nous fait voir que cet interdit spécial *de itinere actuque privato* protège ces servitudes *iter* et *actus* en tant qu'elles sont rurales ; or, ce qu'il nous dit ne servirait évidemment à rien, si ces servitudes ne pouvaient être, dans d'autres cas, urbaines. Je ne veux pas dire par là qu'il y aura deux servitudes d'une nature différente, mais que le profit, que l'on peut en retirer, est différent suivant la na-

ture du fonds dominant, et que pour plus de simplicité les Romains appellent une même servitude, dans un cas rurale, et dans l'autre urbaine, sans cependant leur donner pour cela des règles différentes pour le non-usage.

Un deuxième système s'appuie sur un texte de Paul, *servitutes prædiorum, aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*; donc, dit-on, la servitude doit être envisagée au point de vue de sa constitution matérielle, et non au point de vue de son objet : car les mots *consistere in solo* ou *in superficie* semblent dire « prendre sa consistance, tirer sa nature » du sol ou de la superficie; donc si une servitude peut être conçue, abstraction faite de toute *superficie*, elle sera rurale; dans le cas contraire, elle sera urbaine. Et dans ce système, il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un *ædificium* pour qu'une servitude urbaine existe; il suffit, pour classer cette servitude, qu'elle ne puisse prendre une existence définie que le jour où on élèvera un *ædificium*; mais, même avant, elle existera, et ce droit, qui se trouve à l'état latent, et qui ne s'exerce pas parce qu'il n'est pas contrarié, sera une servitude urbaine. Ce système, dit-on, est plus conforme à la classification donnée par les Institutes, car une même servitude sera toujours urbaine ou toujours rurale et son caractère ne changera pas avec la nature du fonds dominant ou servant.

Enfin un dernier système, se basant sur la manière

dont les Romains définissent les servitudes prédiales par rapport à leur exercice, a classé ces dernières en trois catégories : les servitudes rurales, *iter*, *actus* et *via*, sont discontinues et ne s'exercent que par le fait incessamment renouvelé de l'homme ; ce sont donc des servitudes *faciendi*. Au contraire, les servitudes urbaines sont celles qui, en général, sont continues et s'exercent sans qu'il y ait besoin d'un acte de l'homme ; elles forment elles-mêmes une sous-division : les unes sont des servitudes *habendi*, car elles permettent au propriétaire du fonds dominant d'avoir sur le fonds servant un ouvrage quelconque, dont l'existence est le fait de l'exercice de la servitude ; les autres sont des servitudes *prohibendi*, en ce sens qu'elles ont pour but de réduire le droit du propriétaire du fonds asservi et de l'empêcher de faire ce qu'il pourrait, si son fonds était *optimus maximusque*. Cette distinction entre les servitudes continues et discontinues a certainement été aperçue par les Romains ; car nous trouvons dans un texte de Paul ces expressions *servitus habendi*, etc.

« Servitutes quæ in superficie consistunt possessione
« retinentur. Nam si forte ex ædibus meis in ædes
« tuas tignum immissum habuero hoc, ut immis-
« sum habuero per causam tigni possideo habendi
« consuetudinem » (Dig., L. 20, *princ.*, liv. VIII,
tit. II). Dans ce système, comme dans le précédent,
nous n'aurons pas de règles différentes pour une

même servitude; de plus, on pourra lui appliquer, comme au précédent, les arguments tirés d'une part d'un texte d'Ulpien : « Itemque servitutibus
« urbanorum prædiorum per traditionem constitutis,
« vel per patientiam; forte si per domum qui suam
« passus est aquæductum transduci » (Dig., L. 11, § 1, liv. VI, tit. II), qui regarde l'*aquæductus* comme une servitude urbaine, et les arguments tirés d'autre part d'un texte de Nératius : « Rusticorum prædiorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere prætorio vicini » (Dig., L. 2 *princ.*, liv. VIII, tit. III), qui considère comme rurale la servitude *altius tollendi*. Or, évidemment, dans le précédent système, la servitude d'aqueduc est rurale, parce que *in solo consistit*; de même l'un et l'autre classent le *jus altius tollendi* parmi les servitudes urbaines, parce que ce droit *in superficie consistit*, ou parce que c'est une servitude *prohibendi*. Le dernier système, que nous exposons, ne tient pas compte des expressions *servitutes prædiorum urbanorum*, *prædiorum rusticorum*; mais on répond à cela que quand les jurisconsultes romains établirent les règles du non-usage, ils s'aperçurent que les servitudes urbaines étaient presque toutes continues, tandis que généralement les servitudes rurales étaient discontinues. Or, comme les règles du non-usage, que nous exposerons plus tard, reposent sur ce caractère de continuité ou de discontinuité, ils ne changèrent pas l'appellation et laissèrent la classification des ser-

vitudes en servitudes rurales et servitudes urbaines. Nous adopterons cependant le premier système, qui, s'appuyant sur les expressions usitées à Rome, donne à la servitude un caractère d'après la nature du fonds dominant : car ce système peut très bien se concilier avec le texte des Institutes de Justinien, ainsi que nous l'avons vu plus haut ; d'autant plus que le rapport qui existe entre les deux fonds ne peut être modifié par le fait d'un seul des propriétaires, comme cela peut arriver dans les deux autres systèmes. Ce sont là les raisons qui nous font admettre qu'une même servitude peut être dans un cas rurale et dans un autre urbaine ; car le propriétaire d'un fonds rural jouit en fait d'une servitude dont le droit est autre que celui dont jouit le propriétaire d'un fonds urbain, quand il a sur un fonds servant une servitude identique dans son genre et dans son espèce.

Il nous faut maintenant examiner comment va se concilier, avec notre système, la distinction entre les servitudes urbaines et rurales au point de vue de l'*usucapio libertatis* : c'est ce que nous allons voir en étudiant en détail les conditions de non-usage. — Cette *usucapio libertatis* est le fait actif que le propriétaire du fonds grevé oppose au droit du propriétaire du fonds dominant et qui ne se comprend que pour les servitudes continues. Or Gaius (Dig., L. 6, liv. VIII, tit. II) nous dit formellement que l'*usucapio libertatis* n'est

exigée que pour les servitudes urbaines : or comment concilier ce texte avec notre théorie, qui admet qu'une servitude peut tantôt être urbaine, tantôt être rurale, et ce, sans faire comme dans le troisième système, que nous avons exposé, aucune distinction entre les servitudes continues et discontinues. On peut presque admettre que ce texte de Gaius ne formule pas une règle absolue, mais expose ce qui se passait le plus généralement : les servitudes discontinues sont ordinairement rurales, et le simple *non usus* les éteint, tandis que les servitudes urbaines sont généralement continues et alors l'*usucapio libertatis* est exigée pour arriver à leur extinction, d'où l'habitude a fait dire que les servitudes rurales s'éteignaient par *non usus* et les servitudes urbaines par l'*usucapio libertatis* ; ce n'est donc pas une règle absolue, elle comporte quelques exceptions. Du reste, sans cette explication, le texte de Gaius serait en contradiction formelle avec le texte de Nératius que nous avons cité plus haut, où le *jus altius tollendi* est considéré comme servitude rurale.

Toutes les servitudes, à Rome, s'éteignent par le non-usage ; et il faut qu'il dure pendant deux ans à l'époque classique ; mais le point de départ du délai diffère suivant que la servitude est urbaine ou rurale : et cela tient à ce que nous avons dit plus haut, c'est que les Romains, sans faire attention à quelques rares exceptions, ont regardé comme rurales les servitudes

discontinues et comme urbaines les servitudes continues. Dans le cas d'une servitude rurale, le délai courra à partir du dernier acte de jouissance : donc un seul acte empêche ce délai de continuer à courir, car il suffit pour détruire la présomption d'inutilité de la servitude.

Dans le cas d'une servitude urbaine, le non-usage produira également son effet au bout de deux ans ; mais ici, au contraire de ce qui se passe dans le premier cas, il faut un fait actif chez le propriétaire du fonds servant pour reconquérir la pleine liberté de son fonds : *si vicinus simul libertatem usucapiat*, nous dit Gaius ; ce fait actif de la part du propriétaire du fonds grevé doit être tel qu'il empêche l'exercice de la servitude, ou pour employer les expressions de notre Code civil, il faut un acte contraire à la servitude. Cet acte qui doit produire l'extinction du droit est l'*usucapio libertatis* ; c'est donc une usucapion et il lui emprunte son délai de deux ans ; donc le non-usage aura lieu après deux ans, et il ne commencera à courir que du jour où l'acte contraire aura été construit de telle façon qu'il empêche tout exercice de la servitude. C'est ce que nous dit Gaius, qui nous donne des exemples d'actes contraires : « *Hæc autem jura similiter ut rusticorum quoque prædiorum certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vici-*

« nus simul libertatem usucapiat. Veluti si ædes tuæ
« ædibus meis serviant ne altius tollantur, ne lumini-
« bus mearum ædium officiat, et ego per statutum
« tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obs-
« truxero; ita demum jus meum amitto; si tu per hoc
« tempus ædes tuas altius sublatas habueris, alioquin,
« si nihil novi feceris, retineo servitutem » (Dig., L. 6,
princ., liv. VIII, tit. II). Et cela se comprend, car pour
les Romains la servitude urbaine est presque toujours
continue, c'est-à-dire qu'elle s'exerce sans le fait de
l'homme: or l'inutilité de la servitude ne pourra se
présumer qu'autant que son exercice a été inter-
rompu.

Cette différence tient donc au caractère de conti-
nuité et de discontinuité de la servitude, sans qu'il y
ait absolument besoin de rechercher si la servitude est
rurale ou urbaine, comme nous l'avons précédemment
expliqué.

Devrons-nous exiger pour ce délai que le dernier
jour soit accompli en entier, ou, au contraire, dirons-
nous que la servitude sera éteinte le dernier jour de la
deuxième année. Pour la première opinion, nous
avons un texte: « In omnibus temporalibus actionibus,
« nisi novissimus totus dies, compleatur, non finit obli-
« gationem » (Dig., L. 6, liv., XLIV, tit. VII); mais ce
texte se rapporte aux actions temporaires, et si le non-
usage a une analogie avec cette matière, il en a beau-

coup plus avec l'usucapion, puisqu'il lui emprunte non seulement son délai et la théorie de l'*accessio possessionum*, mais son principe lui-même, puisqu'il fait acquérir au fonds servant le droit qu'il enlève au fonds dominant; aussi nous pensons que ce délai sera régi par la loi 15, *princ.*, liv. XLIV, tit. III, Dig. : « In usu-
« capione ita servatur, ut, etiam si minimo momento
« novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur
« usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum
« constitutum tempus ». Aussi disons-nous que le non-usage a produit son effet extinctif dès que le dernier jour de la deuxième année est commencé.

Le non-usage pour une servitude rurale consiste donc dans l'inaction du propriétaire du fonds dominant : car, tant qu'il n'exerce pas, le fonds servant possède sa liberté; or, s'il la possède pendant deux ans, il deviendra libre; il y aura donc pour lui également une *usucapio*, qui ne sera détruite que par le fait du propriétaire du fonds dominant. Pour une servitude urbaine, au contraire, la situation du fonds servant n'est plus la même : lorsqu'elle existe, le fonds servant est dans un état continuuel d'asservissement; puisque l'exercice de la servitude est continu, il faudra donc entraver cet exercice pour qu'il puisse y avoir *usucapio libertatis*. Or, on arrête cet exercice au moyen d'un acte contraire : mais pour que cet acte puisse produire son effet extinctif, il faut donc que la servitude eût pu être consti-

tuée; ce n'est donc que du jour où le propriétaire du fonds dominant a été mis à même de l'exercer que l'on pourra, en mettant obstacle à cet exercice, faire courir le délai de l'*usucapio libertatis* : « Si cum jus habere immittendi, vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris : non ideo magis servitutem amittes; quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem ædium suarum, qui jus tuum non interpellavit » (Dig., L. 18, § 2, liv. VIII, tit. VI); et c'est trop naturel, car, si le fonds n'est pas asservi, on ne peut pas concevoir d'usucapion de liberté. Cet acte contraire doit être un fait matériel, qui empêche l'exercice de la servitude; il doit être constitué de telle façon qu'on ne pourra plus user du droit qu'en le détruisant; par suite, il change l'état du fonds servant : « Nam cum nihil innovatum sit, ille possidet, et ædificantem me prohibere potest, et civili actione et interdicto quod vi aut clam » (Dig., L. 6, § 1, liv. VIII, tit. V). De plus, une construction provisoire ne suffit pas, car un jour elle est destinée à disparaître, et on ne peut pas dire qu'elle change le fonds servant, puisqu'elle n'est qu'un accident; cet acte doit avoir un caractère permanent, et les Romains exigent de la nature de cet acte contraire un caractère permanent tel, qu'ils refusent à un arbre la force nécessaire pour constituer une contradiction à la servitude, car il est de la nature de l'arbre

de mourir à un moment donné : « Quod autem ædifi-
« cio meo me posse consequi ut libertatem usucape-
« rem, dicitur, idem me non consecuturum, si arbo-
« rem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait : et
« recte; quia non ita in suo statu et loco maneret
« arbor, quemadmodum paries, propter motum natu-
« ralem arboris » (Dig., L. 7, liv. VIII, tit. II).

En outre, il faut que l'acte contraire émane du propriétaire de l'héritage asservi, ou de quelqu'un qui agirait en son nom et dans son intérêt : car eux seuls ont mission de dégrever le fonds du droit qui l'opprime; et cet acte ayant le caractère de protestation et de refus de souffrir la servitude, il est naturel qu'ils soient propres au fonds débiteur. C'est, du reste, ce que nous montre le texte de Gaius cité plus haut (L. 6, liv. VIII, tit. II, D.); il exige que le propriétaire du fonds servant prenne lui-même possession de la liberté de son héritage *libertatem usucapiat*; car les servitudes urbaines s'éteignent en réalité, non point par le non-usage, mais par l'effet de l'*usucapio*; c'est ce que Paul veut dire quand il déclare que ces servitudes *possessione retinentur* (D., L. 20, pr., VIII, II). Cette opinion que nous venons d'émettre nous semble, d'ailleurs, encore confirmée par un texte d'Ulpien (L. 6, pr., VIII, 5, D.) : il suppose une servitude *ne luminibus officiatur* entre deux maisons séparées par une troisième qui n'est pas assujettie à la servitude; or, il

ne suffira pas que cette maison intermédiaire soit exhausmée de manière à faire obstacle à l'usage de la servitude, il faudra, en outre, que le propriétaire du fonds servant ait élevé son édifice. Ce texte, au premier abord, paraît contraire à notre opinion, parce que la construction a été élevée par le propriétaire du fonds intermédiaire; mais, finalement, il confirme notre théorie, d'après laquelle l'acte contraire doit être fait par le propriétaire de l'héritage asservi; et, ici, la servitude ne sera plus éteinte par le fait d'une *usucapio libertatis* : elle s'éteindra parce que l'on se trouve dans une situation qui rend absolument inutile l'exercice de la servitude.

Enfin cet acte contraire ne doit pas avoir été autorisé par le propriétaire du fonds dominant, car le propriétaire asservi reconnaîtrait un droit supérieur au sien, puisque sa possession pour acquérir la liberté de son fonds serait entachée du vice de précarité; et par suite cet acte ne serait plus une contradiction aux prétentions de celui qui exerce la servitude. C'est ce que nous dit le texte suivant de Julien : « Si ædes meæ serviant ædibus Lucii Titii et ædibus Publii Mævii ne
« altius ædificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero : libertatem adversus Publium Mævium usucapiam; non enim una servitus
« Titio et Mævio debebatur sed duæ » (Dig., L. 32.

princ., liv. VIII, tit. II). — Il nous reste maintenant à étudier le délai du non-usage et à voir les cas particuliers auxquels ce délai peut donner lieu.

Le délai normal est de deux ans à l'époque classique ; il court du jour du dernier acte d'exercice pour les servitudes rurales, et du jour où a été fait l'acte contraire pour les servitudes urbaines. Ce délai de deux ans doit être continu : nous avons vu qu'il constitue une *usucapio* pour les servitudes urbaines ; mais le délai est la seule condition qu'il emprunte à ce mode d'acquérir, car ici on n'exige ni juste titre ni bonne foi. Ce délai peut se composer non seulement du temps pendant lequel le propriétaire actuel n'a pas usé de la servitude, mais aussi de celui pendant lequel le précédent propriétaire aurait également négligé de s'en servir. « Tempus quo non est usus præcedens fundi do-
« minus cui servitus debetur, imputatur ei qui in ejus
« loco successit » (Dig., L. 18, § 1, liv. VIII, tit. VI) ; et cela quand même on ignorerait le droit qui appartient au fonds que l'on vient d'acquérir. « Si per fun-
« dum meum viam tibi legavero ; et, adita mea heredi-
« tate, per constitutum tempus ad amittendam servi-
« tutem ignoraveris eam tibi legatam esse ; amittes
« viam non utendo » (Dig., L. 19, § 1, liv. VIII, tit. VI).

Mais ce délai de deux ans n'était pas invariable pour toutes les servitudes ; on distinguait entre celles

que l'on pouvait exercer à chaque instant et celles qui ne pouvaient s'exercer qu'alternativement.

Pour les premières, le non-usage aura lieu au bout de deux ans, car on aurait pu en jouir pendant ces deux années continues ; le non-exercice aura donc bien duré pendant le temps voulu.

Pour les servitudes qui ne s'exercent qu'alternativement, les Romains font une distinction assez subtile : il faut supposer par exemple une servitude de puisage qui ne pourra s'exercer qu'une heure sur deux, ou un jour sur deux, ou un an sur deux : dans le dernier cas, la servitude ne sera pas éteinte par le non-usage de deux ans ; il faut un temps double : « Si sic constituta
« sit aqua, ut vel æstate ducatur tantum, vel uno mense
« quæritur, quemadmodum non utendo amittatur : quia
« non est continuum tempus : quo, cum uti non potest,
« non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus
« quis aquam habeat, duplicato constituto tempore
« amittitur. Idem et de itinere custoditur » (Dig., L. 7, liv. VIII, tit. VI), et la raison nous en est donnée : on ne peut user de la servitude, donc elle ne peut pas s'éteindre par non-usage ; nous verrons qu'il n'en est pas de même dans notre Code civil, quoique la question soit fort controversée. — Mais puisque les Romains ont admis cette solution dans les hypothèses précédentes, pourquoi ne pas l'avoir étendue à toutes les autres hypothèses semblables, comme nous le fait voir la suite

du texte de Paul : « Si vero alternis diebus, aut die toto
« aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur :
« quia una servitus est. Nam etsi alternis horis, vel
« una hora quotidie servitutum habeat : Servius scri-
« bit, perdere eum, non utendo, servitutum : quia id,
« quod habet, cottidianum est. » Il nous semble que
les raisons que nous donne ce texte sont bien sub-
tiles ; que la distinction, qui est faite avec l'hypothèse
précédente, est bien arbitraire : car si la servitude ne
peut s'exercer d'une façon continue, ce n'est pas parce
qu'elle pourrait s'exercer un certain temps chaque
jour, que cela soit suffisant pour la faire considérer,
comme ayant un exercice continu. Du moment où l'on
admet le principe que l'on ne cesse de jouir que quand
on ne fait pas l'acte de jouissance que l'on a le droit de
faire, il faut admettre que, quel que soit l'intervalle
qui sépare deux actes successifs d'usage, l'on ne comp-
tera pas cet intervalle dans le délai de non-usage, si
l'on a fait le premier acte de jouissance auquel on avait
droit ; en un mot le non-usage ne doit, dans tous les
cas, commencer à courir que le jour où l'on aurait pu
user et non pas à partir du dernier acte d'usage.

Mais ce *tempus duplicatum* a donné lieu à une con-
troverse dont nous voyons la trace au Code : soit, par
exemple, une servitude ne pouvant s'exercer qu'une
fois tous les cinq ans ; si, l'opinion qui faisait courir
le délai de non-usage à partir du dernier acte de jouis-

sance dans les servitudes périodiques avait triomphé, forcément la servitude eut été éteinte entre le premier et le second acte d'exercice ; mais il existait une autre théorie. Nous ne savons pas quel système elle avait adopté, tout ce que nous savons c'est qu'il existait à ce sujet une controverse *aliis autem aliam sententiam eligentibus*, nous dit Justinien, et voici comment lui-même a tranché la question : « Nobis placuit ita causam dirimere, ut, quia jam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quatuor quinquennia, nec uno die vel ipse, vel homines ejus eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia. Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum jus minime consecutus est, sera pœnitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat » (Code, L. 14, *princ.*, liv. III, tit. XXXIV). Il décide donc que la servitude s'éteindra par le délai de dix à vingt ans, et à cette époque, nous n'aurons donc plus de différence pour le délai de non-usage entre les servitudes qui peuvent s'exercer à chaque instant, et celles dont on ne peut user qu'à intervalles plus ou moins rapprochés.

Nous avons dit précédemment que le non-usage fait supposer l'inutilité de la servitude pour le fonds dominant : par suite, il n'est pas nécessaire pour empêcher

le non-usage que ce soit le propriétaire lui-même qui use de la servitude ; l'usage qui en est fait par l'associé, l'usufruitier, le possesseur de bonne foi est suffisant pour empêcher ce droit de périr : « Servitus et per
« socium, et fructuarium, et bonæ fidei possessorem
« nobis retinetur (Dig., L. 5, liv. VIII, tit. VI) ; et c'est naturel puisque représentant le propriétaire, ils agissent au nom du fonds et que c'est lui et non le propriétaire qui jouit de la servitude : *nam satis est fundi nomine itum esse*, nous dit Celsus ; il nous faudra en dire autant de l'exercice que fait de la servitude un possesseur de mauvaise foi : « Atque etiam si precario, aut vi dejecto
« domino, possidet ; fundus enim qualiter se habens,
« ita cum in suo habitu possessus est, jus non depe
« rit ; neque refert, juste necne, possideat, qui talem
« eum possidet » (Dig., L. 12, liv. VIII, tit. VI). Un ouvrier, un médecin ou même un ami qui vient rendre visite peut aussi empêcher la servitude de s'éteindre :
« Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur,
« quive in possessione ejus est, aut mercenarius, aut
« hospes, aut medicus, quive ad visitandum dominum
« venit, vel colonus, aut fructuarium » (Dig., L. 20, liv. VIII, tit. VI) ; mais à quel titre ces personnes, en exerçant la servitude, l'empêchent de s'éteindre par non usage, car bien évidemment elles ne représentent pas le propriétaire : il faut pour cela qu'elles exercent la servitude comme un droit qui appartient au

fonds, sur lequel ils font un acte quelconque : « Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit » (Dig., L. 25, liv. VIII, tit. VI). Paul dans cette loi nous fait remarquer qu'il faut que le passage soit exercé comme une servitude appartenant au fonds; dans ce cas là seulement, le non-usage sera empêché, tandis qu'il en serait différemment si celui qui s'est servi du chemin avait cru se servir d'un chemin public, ou même exercer une servitude de passage, mais appartenant à un autre fonds.

Lorsque le fonds dominant appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, l'exercice qu'en fait un seul copropriétaire conserve la servitude pour tous les autres; et elle est conservée pour tout le fonds et pour tous les communistes : cela tient, d'une part, au principe de l'indivisibilité des servitudes, et d'autre part, à l'idée que les communistes se donnent les uns les autres mandat de se représenter. Une autre conséquence du principe de l'indivisibilité des servitudes, c'est que ce droit mêlé et confondu dans chaque molécule du fonds dominant, si l'on peut s'exprimer ainsi, sera gardé et conservé pour tout le fonds et pour tous ceux qui en sont propriétaires, même si aucun de ces communistes ne l'a exercé, lorsque parmi ceux-ci il se trouve un mineur contre lequel le non-usage n'a pu courir : « Si

« communem fundum ego et pupillus haberemus,
« licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum
« et ego viam retineo » (Dig., L. 10, *princ.*, liv. VIII,
tit. VI).

Mais naturellement ce principe cesse, une fois que le partage est effectué ; il y aura alors autant de servitudes distinctes que de lots différents et l'exercice de la servitude par un des anciens copropriétaires n'a plus d'effet pour conserver le droit des autres : « Si di-
« visus est fundus inter socios regionibus, quod ad
« servitutum attinet, quæ ei fundo debebatur, perinde
« est, atque si ab initio duobus fundis debita sit, et
« sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi
« non utendo deperdit » (Dig., L. 6, § 1, liv. VIII, tit. VI). C'est là ce qui fait dire à Celsus qu'à partir du partage, les servitudes seront moins lourdes pour le fonds servant, car elles pourront être éteintes plus facilement par le non-usage, puisque la jouissance de l'un des propriétaires ou son incapacité, qui conserve la servitude pour sa portion, ne la conserve plus pour les portions des autres.

Mais n'oublions pas qu'à Rome le partage était non pas déclaratif, mais translatif de propriété ; aussi bien évidemment chaque copropriétaire pourra user de la disposition de faveur que l'on accordait au pupille, et pour chacun d'eux, le non-usage ne commencera à courir qu'à partir du jour du partage, car pendant l'in-

division ils n'étaient pas seuls propriétaires de leur lot, qui a été jusqu'à cette époque protégé par la présence du pupille parmi eux ; et c'est avec cette qualité que le partage a fait entrer le lot dans le patrimoine de chacun d'eux, puisque la fiction de l'art. 883 du Code civil n'existait pas. Du reste, chez nous, malgré la jurisprudence, on donne en général la même solution pour cette hypothèse.

Le non-usage éteint non seulement la servitude principale, mais aussi les servitudes accessoires nécessaires pour pouvoir exercer la première : si, par exemple, j'ai une servitude de puisage sur un fonds, et qu'il me faille un chemin pour aller à l'abreuvoir, je perdrai non seulement la servitude de puisage, mais aussi l'*iter* ; et il en serait de même si je me suis servi de l'*iter* et que cependant je ne puise pas d'eau à l'abreuvoir. « Labeo ait : si is, qui haustum habet, per tempus, quo « servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hause-
« rit, iter quoque eum amisisse » (Dig., L. 17, liv. VIII, « tit. VI) ; et c'est naturel puisque l'*iter* n'a été concédé que pour permettre d'exercer la servitude de puisage ; or, celle-ci disparaissant, l'*iter* n'a plus de cause et s'éteint par suite avec elle.

Nous avons dit tout à l'heure que toutes les servitudes s'éteignaient par non-usage : il nous faut cependant faire une exception, qui nous est indiquée par un texte de Paul : « Iter sepulchro debitum, nunquam

« non utendo amittitur » (Dig., L. 4, liv. VIII, tit. VI) : la nature du droit fait comprendre cette exception.

Si, comme nous l'avons dit précédemment, le non-usage provient ordinairement de la négligence ou de l'abandon du propriétaire du fonds dominant, il peut également se produire malgré la volonté de ce même propriétaire, et cette impossibilité de jouir produira-t-elle les mêmes effets que le non-usage : oui, *jure civili*, ainsi que nous l'avons dit précédemment en parlant de l'extinction de la servitude par la modification du fonds servant ; le préteur cependant accorde une *restitutio*, quand il n'y a pas faute de la part du propriétaire dominant : « Si locus per quem via aut iter aut actus debatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, aluvione facta, restitutus est ; servitus quoque in pristinum statum restituitur » (Dig., L. 14, *princ.*, liv. VIII, tit. VI). Mais s'il y a faute, si légère qu'elle soit, chez ce même propriétaire, c'est-à-dire si la servitude avait pu être exercée, mais si elle ne l'a pas été, alors le préteur n'accorde plus le bénéfice de cette *restitutio* et le délai de deux ans amènera encore ici l'extinction de la servitude : « Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate, per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse : amittes viam non utendo » (Dig., L. 19, § 1, liv. VIII, tit. VI). Ce texte de Pomponius donne égale-

ment une solution semblable pour le cas d'un acheteur qui n'exerce pas la servitude, parce qu'il ne connaissait pas son existence; n'oublions cependant pas que ce que nous venons de dire pour le legs n'est vrai que dans la doctrine sabinienne, qui a triomphé du reste. On a admis que l'héritier était propriétaire de la chose léguée *per vindicationem* tant que le légataire n'a connu, ni, par suite, accepté la disposition faite à son profit; d'où, par suite, la servitude existe de droit à compter de l'adition, et c'est à partir de ce moment qu'elle devient susceptible de s'éteindre par non-usage. Mais il n'en est pas de même dans l'opinion proculienne, qui regarde la chose léguée comme *res nullius*, tant que le légataire n'a pas manifesté la volonté de l'accepter, comme nous le montre le § 195 du Commentaire II de Gaius; par suite, la servitude n'a aucune existence jusqu'à cette époque, et par suite elle ne pourra pas s'éteindre par non-usage.

Nous venons de voir ce que c'est que le non-usage; comment il se produit et quels sont ses effets; il nous reste maintenant à examiner quelques hypothèses particulières qui se rattachent à ce mode d'extinction.

Le propriétaire du fonds dominant exerce son droit; mais le droit qu'il exerce n'est pas celui auquel son titre lui donne droit : voyons quelles en seront les conséquences.

Cette hypothèse peut se présenter sous plusieurs aspects :

1° Il fait tout autre chose que ce qu'il devait faire :
« Si is qui nocturnam habet aquam, interdiu per cons-
titutum ad amissionem tempus usus fuerit : amisit
nocturnam servitutem, qui usus non est » (Dig.,
L. 10, § 1, liv. VIII. tit. VI), et ce texte de Paul nous
donne encore la même solution dans l'hypothèse sui-
vante : « Idem est in eo, qua certis horis aquæductum
habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum hora-
rum » ; donc, dans ces cas, la servitude est éteinte
par non-usage, et on n'en acquiert pas une nouvelle
par cette usucapion de deux ans, car la loi Scribonia s'y
oppose. « Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ
servitutem constituēbat » ; quoique cependant le pré-
teur tempéra cette rigueur en protégeant par des in-
terdits et des actions utiles ces longs usages. Mais si
au lieu du non-usage absolu, on avait exercé la servi-
tude, d'une façon même très minime, cette extinction
ne se produirait plus : ainsi celui qui se sert d'un che-
min plus étroit que celui auquel il a droit, ou qui mêle
à une autre eau un peu de celle qu'il a le droit de pui-
ser conserve de cette façon la servitude d'*iter* ou de
puisage : « Qui latiore via vel angustiore usus est,
retinet servitutem ; sicuti qui aqua, ex qua jus habet
utendi, alia mixta usus est, retinet jus suum » (L. 9,
§ 1, liv. VIII, tit. V) ; c'est encore là une des consé-

quences du principe de l'indivisibilité des servitudes, qui ne peuvent être éteintes partiellement : *vel tota amittitur, vel tota retinetur*. Des textes que nous venons d'expliquer, il semble bien résulter que le non-usage se produira chaque fois que l'exercice de la servitude n'a pas eu lieu ; et cependant Pothier dans ses Pandectes nous cite un texte de Paul qui semble en contradiction avec ceux ci-dessus : « Inter duos qui
« eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant,
« convenit, ut permutatis inter se temporibus aqua utu-
« rentur : quæro, cum amplius tempore servitutibus
« præfinito ita duxissent, ut neuter eorum suo tempore
« usus esset, num jus utendi amisissent? *Minicius* ne-
« gavit, amisisse » (Dig., L. 5, § 1, liv. XLIII, tit. XX). Dans cette hypothèse cependant tout concourt à faire éteindre la servitude de chacun de ces deux propriétaires, car ils n'exercent pas leurs droits à l'heure désignée et en outre ils sont absolument étrangers l'un à l'autre et ne rentrent pas dans la catégorie de ceux qui peuvent se remplacer ; c'est cependant là la raison qu'invoque Pothier en faveur de cette décision : « alter
« enim pro altero utendo, sibi invicem jus suum ser-
« vaverunt. » Ne pourrait-on pas dire cependant que ce texte découle de cette idée qui empêche une servitude d'être éteinte par non-usage, quand l'exercice a lieu par qui que ce soit, pourvu que celui qui l'exerce sache qu'il exerce un droit de servitude grevant le

fonds servant, comme nous l'avons vu plus haut dans la loi 25, liv. VIII, tit. VI.

2° Le propriétaire du fonds dominant fait plus que ce qu'il avait le droit de faire : dans ce cas, il n'y a pas de doute, la servitude est conservée, mais la loi Scribonia empêche qu'elle soit augmentée : « Is cui via vel
« actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur,
« alio genere fuerat usus; videamus ne amiserit servi-
« tutem; et alia sit ejus conditio, qui amplius oneris
« quam licuit, vexerit. Magisque hic plus, quam aliud,
« egisse videatur : sicuti si latiore itinere usus esset,
« aut si plura jumenta egerit, quam licuit; aut aquæ
« admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quæstio-
« nibus, servitus quidem non amittitur : non autem
« conceditur plus, quam pactum est, in servitude ha-
« bere » (Dig., I. 14 princ., liv. VIII, tit. VI).

3° Le propriétaire a fait moins que ce qu'il avait le droit de faire : la servitude ne s'éteindra pas alors, car elle ne peut ni s'éteindre, ni se conserver partiellement; c'est ce que nous dit Paul : « Is cui latiore via, vel an-
« gustiore usus est, retinet servitutem : sicuti qui aqua
« ex qua jus habet utendi, alia mixta usus est, retinet
« jus suum »; ou encore : « Is qui per partem itineris
« it, totum jus usurpare videtur ». Cependant il faut que l'usage que l'on a fait de la servitude soit un exercice de cette même servitude : par exemple, nous avons vu plus haut que quoi qu'on ait exercé l'*iter*, cet *iter* sera

perdu, s'il est constitué pour permettre d'exercer une servitude de puisage, et que cette dernière n'ait pas été exercée du tout; car ici on n'a pas fait moins que ce que l'on avait le droit de faire; or on n'a pas exercé du tout le droit et l'*iter* s'éteint par voie de conséquence, puisque son exercice seul ne peut plus donner au fonds dominant aucun profit, du moins dans le sens où ce profit devait exister primitivement; mais nous n'adopterions pas la même solution, si une même servitude donne droit à l'*iter* et à l'*actus*, et que l'on n'ait exercé que l'*iter*. « Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum sed manere, Sabinus, Cassius, Octavenus aiunt » (Dig., L. 2, liv. VIII, tit. VI); car ici l'*iter* procure au fonds dominant un avantage moindre que celui que peut lui procurer l'*actus*; mais si minime qu'il soit, il empêche le non-usage de produire son effet extinctif; d'autant plus qu'ici nous n'avons plus un droit accessoire qui s'exerce, c'est un droit diminué, mais qui est de la même nature que le droit stipulé que l'on néglige d'exercer.

Voyons maintenant ce qui se passera quand l'un des fonds formant un tout lors de la constitution de la servitude est ensuite divisé en plusieurs parties.

Nous avons déjà examiné plus haut les effets du partage pour le fonds dominant en traitant de la valeur d'un acte d'usage fait par l'un des copropriétaires.

Si c'est le fonds servant, qui étant indivis vient à être partagé, Celsus distingue, dans le cas d'une servitude de passage, suivant que l'*iter* doit s'exercer dans un endroit déterminé, ou sur une partie quelconque du fonds que l'on vient de diviser. Dans le premier cas, il fait également une sous-distinction : si les différentes parties du fonds sont placées l'une après l'autre du même côté de l'*iter*, c'est-à-dire si le fonds est divisé par des lignes parallèles à l'*iter*, ce que Celsus exprime par ces mots : *per longitudinem divisus est*, c'est comme si dès le commencement l'un des deux fonds avait été grevé de la servitude, et non pas l'autre ; alors la servitude sera éteinte pour les fonds sur lesquels on n'a pas le droit de passer : « Eadem omnia
« servanda erunt quæ si initio constituendæ ejus servi-
« tutis similiter hic duo fundi fuissent. » Si, au contraire, le fonds est séparé suivant des lignes perpendiculaires à l'*iter*, *si per latitudinem fundus divisus est*, alors la solution sera différente : *tunc manet idem jus servitutis quod, fundo indiviso, fuerat* ; car l'indivisibilité de la servitude fait qu'elle ne peut point s'éteindre partiellement, attendu que pour passer il faut le faire sur chaque fonds pour arriver au but.

Dans le deuxième cas, c'est-à-dire lorsque la servitude peut s'exercer sur une partie quelconque du fonds qui vient d'être divisé, il y aura alors autant de servitudes que de divisions du fonds, et l'usage que l'on

fera de l'une d'elles n'empêchera pas l'extinction des autres : « Atque si ita divisus est fundus, si per quam-
« libet ejus partem æque ire atque agi possit : tunc
« perinde observabimus, atque si ab initio duobus
« fundis duæ servitutes injunctæ fuissent ; ut altera re-
« tineri, altera non utendo possit deperire. »

Nous avons vu plus haut que la loi Scribonia défend d'acquérir les servitudes par usucapion, mais un texte de Paul semble en contradiction avec cette loi, qui, cependant, est bien formelle : « Servitus hauriculæ
« aquæ vel ducendæ, biennio omissa intercidit, et
« biennio usurpata recipitur » (Sentent., 1, 17, § 2). On a donné de ce texte deux explications : l'une, d'après laquelle Paul n'a voulu dire que simplement ceci : que le non-usage serait interrompu par un seul fait d'exercice ; mais outre que le sens est bien ambigu pour un principe aussi certain, je crois plus volontiers l'autre opinion qui, s'appuyant sur les termes mêmes du texte, dit qu'une servitude étant éteinte par non-usage, revivra cependant si, pendant deux ans, on peut s'en servir encore sans réclamation ; cette usucapion n'a donc pas pour effet de constituer une servitude, mais d'en faire revivre une, qui existait précédemment. Cependant on peut dire que cette solution n'est pas exacte, car une fois la servitude éteinte, elle ne pourra plus revivre, et la servitude qui est constituée à nouveau est une nouvelle ser-

vitude, qui aurait été constituée par usucapion, ce qui ne se peut; c'est là l'application rigoureuse des règles du droit classique, mais on pense que, dans ce cas particulier on y apporte une dérogation. Un ancien auteur, Janus à Costà (*ad* § 3, *De reb. corp. et incorp.*), avait soutenu que Paul, dans ce texte, faisait allusion au droit antérieur à la loi Scribonia : « Notat Paullum
« hic illud proposuisse, quod jure civili, ante legem
« Scriboniam, inductum erat; » mais on lui a répondu à juste titre : « Plenius ostendit, Paullum de servitu-
« tibus olim competentibus, postea non usu amissis,
« iterumque recuperatis (quod indigitat vox recipitur)
« loqui, atque ita divortium esse factum a communi
« juris regula, respectu rusticorum servitutum, quæ
« solo non usu exstinguebantur biennio, ut qui hoc
« beni temporis spatio non usu servitutem amisisset,
« facultatem haberet eam recuperandi per biennium
« usurpatam, æquitatis ratione (Franciscus Carolus
« Conradi, ad legem Scriboniam). »

Nous venons de voir les règles du non-usage sous le droit civil; il est intéressant de voir maintenant quel est le droit de Justinien sur ce point : Une constitution de l'an 531 exige pour le non-usage le délai de dix ans entre présents et vingt ans entre absents : « Censuimus, ut omnes servitutes non utendo
« amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus
« annexæ sunt, sed decennio contra præsentēs, vel vi-

« ginti spatio annorum contra absentes » (Code, L. 13, liv. III, tit. XXXIV). Il n'y a donc pas de doute possible : les mots *non utendo amittantur* font bien voir que Justinien s'occupe ici du non-usage et de l'extinction par ce mode ; mais tout le monde n'admet cependant pas cette explication, et le doute vient d'une constitution antérieure sur l'extinction de l'usufruit, dans laquelle Justinien nous dit que l'usufruit ne s'éteint plus par non-usage : « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur : quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere » (Code, L. 16, § 1, liv. III, tit. XXXIII). Il est bien évident que la propriété ne se perd pas par non-usage, il faut qu'un autre ait possédé le fonds pendant dix à vingt ans pour pouvoir repousser l'ancien propriétaire ; faut-il en conclure qu'il en est de même pour l'usufruit et que l'usufruitier sera repoussé non pas simplement parce qu'il n'a pas usé de son droit d'usufruit, mais parce que son adversaire aura pendant ce temps là possédé le fonds et éteint l'usufruit par une *usucapio libertatis*. Il en résulterait que Justinien aurait aboli l'extinction de l'usufruit et aussi des servitudes par le simple non-usage, et ne se serait pas contenté par suite de changer seulement le délai : donc l'inaction seule du propriétaire du fonds dominant ne serait plus suffisante, il faudrait, en outre, que le propriétaire du fonds servant fît un acte contraire à la servitude ; et il faudrait même qu'il

le fit de bonne foi et avec juste titre, ce que l'on n'a jamais exigé pour l'*usucapio libertatis* dans les servitudes urbaines.

L'exagération même des conséquences de ce principe montre que Justinien n'a pas entendu faire autre chose que de changer l'ancien délai de deux ans ; on peut répondre en outre que Justinien emploie les mots *non utendo* et que de plus les textes du Digeste n'ont pas reçu d'autres changements que ceux provenant des mots *per statutum, per constitutum tempus*.

Pour nous, nous pensons que Justinien n'a fait qu'augmenter le délai ; celui de deux ans étant fort court, il a pris le délai ordinaire, qu'il emploie pour toute usucapion ou prescription et l'applique ici en faisant entre les présents et les absents, la même différence qu'il a admis quand il s'agit d'une prescription acquisitive.

§ 4. *Præscriptio longi temporis*.

Les prescriptions *longi temporis* et *longissimi temporis* sont-elles en droit romain des modes d'extinction des servitudes ; et d'abord voyons sous quel aspect la question peut se présenter. Sous le droit civil, la servitude s'éteignait par le non-usage de deux ans ; et la pres-

cription pour produire son effet exige un délai de dix à vingt ans ; il faut donc supposer qu'un tiers est en train de prescrire un fonds servant comme libre de toute charge, et qu'au bout d'un certain temps le *dominus* concède sur ce fonds une servitude : il faut bien remarquer que le fait de constituer une servitude sur son fonds n'est pas un acte interruptif de la prescription, parce qu'on n'entrave en rien la possession du détenteur du moment où l'on n'exerce sur le fonds aucun acte matériel de possession ; or, il faut supposer que la prescription du fonds s'accomplira avant que la servitude ne soit éteinte par non-usage. On pense généralement que l'exception de prescription sera également opposable au propriétaire du fonds dominant, qui intenterait l'action confessoire ; nous n'avons aucun texte, qui affirme cette solution, mais la prescription permettant de se défendre contre toutes les actions réelles, on ne voit point pourquoi elle ne serait pas opposable à l'action confessoire ; ce système trouve naturellement plus d'application dans le droit de Justinien, puisque le délai de non-usage est beaucoup plus long.

Il faut en dire autant de la prescription trentenaire, établie par Théodose le Jeune, qui éteint également toutes les actions réelles et qui permet de les repousser toutes après trente ans de possession même de mauvaise foi. Mais il ne faut pas confondre l'effet de la

prescription avec les effets produits par les autres causes d'extinction, que nous venons d'examiner : ici l'extinction ne se produira plus *ipso jure* ; l'effet de la prescription ne transforme pas la possession en véritable propriété, elle ne fait que garantir le possesseur en lui donnant un moyen de défense ; la servitude sera donc éteinte seulement par un moyen de défense qui doit être proposé à peine de déchéance *in limine litis* ; et nous pouvons admettre qu'elle revivra dans certaines hypothèses. Sans doute si le nouveau possesseur est l'ayant cause du précédent, soit à titre universel, soit à titre particulier, la théorie bien connue de l'*accessio* ou de la *junctio possessionum* fera que le nouveau possesseur pourra opposer la même *præscriptio* que son prédécesseur ; mais si le nouveau possesseur a évincé le précédent, il n'y a plus dans ce cas là de *junctio possessionum* et comme le nouveau possesseur ne possède pas depuis trente ans, celui qui voudra faire valoir la servitude en exerçant l'action confessoire, triomphera et fera ainsi valoir l'ancienne servitude, qui n'a pas été éteinte par le non-usage. Il ne faut pas se figurer que l'extinction, *præscriptionis ope*, de la servitude, soit une conséquence nécessaire de l'extinction du droit de propriété ; on peut, en effet, avoir devant soi un propriétaire présent et une personne absente qui prétend avoir le droit d'exercer une servitude ; lors donc qu'on aura le droit de repousser le proprié-

taire présent par la prescription de dix ans, on n'aura pas encore le droit de repousser celui qui était absent et prétendait à la servitude. Ce serait donc mal s'exprimer que de dire qu'on acquiert la propriété par prescription franche et libre de toutes charges ; la seule chose vraie est qu'au bout de vingt ans, s'il y a eu juste titre et bonne foi, on pourra repousser tout le monde, aussi bien celui qui prétendait à un démembrement du droit de propriété, que celui qui prétend à la propriété elle-même ; mais il est très possible qu'on puisse déjà repousser les uns sans pouvoir encore repousser les autres. Il ne faut pas en effet oublier que la prescription court même au sujet de la servitude avant qu'elle ait été constituée et depuis le jour où le possesseur a pris possession ; si donc il a possédé ce fonds, sans qu'on ait exercé aucune servitude, soit avant la constitution de la dite servitude, parce qu'elle n'existait pas, soit depuis qu'elle a été constituée, parce que celui au profit duquel a eu lieu cette constitution ne l'exerce pas, on peut opposer la *præscriptio*.

§ 5. *Confusion.*

Lorsque les deux héritages dominant et servant appartiennent à un même propriétaire, il y aura extinction de la servitude par la confusion : « Servitutes « prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii « dominus esse cœperit » (Dig. L. 1, liv. VIII, tit. VI) ; et c'est la conséquence de la nature même de la servitude, qui est un rapport entre deux termes : ces deux termes perdant leur individualité, le rapport existant entre eux n'a plus de raison d'être et par suite disparaît avec eux. C'est ce que les Romains exprimaient par cette règle *Nemini res sua servit* ; du reste si on admettait la survie de la servitude, il faudrait admettre contrairement à ce que nous dit Ulpien que l'on peut se devoir à soi-même un droit de servitude ; ce qui est impossible, car les rapports de fait n'existent plus lorsqu'il n'y a qu'un seul propriétaire. On a besoin de justifier ces actes sur le fonds d'autrui par l'idée d'une servitude sur ce fonds, mais ce que je fais sur mon propre fonds n'a pas besoin d'autre justification que la plénitude de mon droit de propriété.

Cette extinction est complète, en ce sens qu'il n'y a plus entre les deux fonds aucun lien ; et chacun de

ces fonds est entré dans l'héritage commun libre et sans charge active ni passive. C'est pourquoi Paul nous dit que si plus tard l'acquéreur aliène le fonds, anciennement asservi, celui-ci entrera libre dans le patrimoine de l'acquéreur : *et si rursus vendere vult, nominatim inponenda servitus est; alioquin liberæ veniunt* (Dig., L. 30, liv. VIII, tit. II); il faudra donc pour qu'elle revive à nouveau employer un mode de constitution, comme si jamais elle n'avait existé.

L'extinction que produit la confusion est totale; aussi faut-il que tous les fonds réunis entre eux par un rapport de servitude fassent partie d'un même patrimoine : « Si cum servitus mihi per plures fundos
« deberetur, medium fundum adquisivi, manere servitus
« putem. Quia totiens servitus confunditur,
« quotiens uti ea is, ad quem pertineat, non potest :
« medio autem fundo adquisito, potest consistere, ut
« per primum, et ultimum, iter debeatur » (Dig., L. 15, liv. VIII, tit. VI). Aussi elle sera conservée chaque fois que le propriétaire du fonds dominant n'aura pas acquis tout le fonds servant, et réciproquement : *Pro parte servitus retinetur*. Quelle peut être la raison de cette solution : évidemment on ne peut admettre que l'un des fonds reste asservi à l'autre, en cas d'acquisition par un même propriétaire; je crois que la raison en est que pour exercer mon droit de servitude sur les fonds que je n'ai point acquis, il faut nécessairement

que je fasse un certain usage du fonds que j'ai acquis ; il n'y a donc plus ici cette liberté du propriétaire de faire ce qu'il veut, il est obligé de faire un usage déterminé de ce fonds, s'il veut conserver la servitude. — De ce même principe, qui exige que tout le fonds dominant et tout le fonds servant se confondent en entier dans un même patrimoine, il en résulte qu'un fonds commun peut devoir une servitude à un autre qui appartient en propre à l'un des associés ; d'où par suite si deux personnes, dont chacune est propriétaire d'un fonds séparé, en acquièrent en commun un troisième, qu'ils grèvent d'une servitude au profit de chacun des autres, la servitude ne cessera pas d'exister : « Si proprio fundo meo, et proprietas idem serviat, manebit servitus, quia proprio fundo per communem servitus deberi potest » (Dig., L. 27, liv. VIII, tit. III). Mais si ces deux acquéreurs avaient été copropriétaires indivis de leurs deux fonds primitifs, la servitude se serait éteinte par confusion : « Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur, quia par utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit » (même loi).

Cette extinction, qui se produit lors d'une transmission volontaire, a également lieu même au cas d'une transmission forcée : « Papinianus notat : In omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est,

« doli exceptionem nocituram legatario, si non patia-
« tur eis iterum imponi » (Dig., L. 48, liv. VII, tit. II).
Ainsi, dans le cas d'un legs par *damnationem* d'un fonds
servant, par exemple, et que l'héritier soit propriétaire
d'un fonds dominant, la confusion aura eu lieu dans le
patrimoine de l'héritier, et le légataire, qui n'a qu'un
droit de créance, aura une propriété libre, lorsque le
fonds lui appartiendra; aussi, l'héritier aura-t-il le
droit d'exiger que la servitude soit reconstituée au mo-
ment où il transfèrera la propriété au légataire.

Il faudra encore admettre la même solution dans le
cas où une propriété aurait été transférée sous une
condition résolutoire; car le droit romain n'admet pas
l'effet rétroactif de la condition, et, par suite, on
n'anéantit pas la propriété de l'acquéreur pendant l'in-
tervalle; aussi la confusion a-t-elle produit ses effets
irrévocables pendant ce temps, et le fonds rentrera
libre dans les mains du propriétaire primitif. Mais nous
voyons par le texte ci-dessous que la rigueur des prin-
cipes était tempérée par des exceptions de dol, ou par
des actions *in personam*, et qu'il y avait obligation pour
les parties de remettre les choses *in pristinum statum*,
lorsque le droit était perdu en vertu d'une charge im-
posée par le titre d'acquisition; et il en est de même
dans le cas d'une transmission volontaire : « Si mari-
« tus fundum tibi servientem dotali prædio adquisie-
« rit, servitus confunditur; sed si eundem Titio red-

« diderit sine restauratione servitutis, hoc marito im-
« putabitur; et hoc casu maritus litis æstimationem
« præstabit; quod si maritus solvendo non erit utiles
« actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam
« servitutum dantur (Dig., L. 7, *princ.*, et § 1, *De*
fundo dot.).

De même la confusion produit son effet dans le cas de vente d'une hérédité; mais, comme nous le fait voir un texte de Pomponius, les conséquences de cette confusion doivent être réparées au moment de l'exécution du contrat de vente, et le vendeur ne sera obligé de délivrer les choses que si l'acheteur reconstitue les servitudes éteintes par confusion; et voilà comment on concilie les effets juridiques de la confusion qui s'est opérée de plein droit avec l'équité, qui veut finalement que l'acheteur n'ait ni plus ni moins qu'il n'en aurait eu, s'il avait été directement héritier du *de cujus*: « Si
« ei, cujus prædium mihi serviebat, heres extiti, et
« eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum
« statum servitus debet: quia id agitur ut quasi tu
« heres videaris extitisse » (Dig., L. 9, liv. VIII, tit. IV).

On voit, par ce qui précède, que les Romains n'ont pas connu cette application de la destination du père de famille, qui fait chez nous, suivant distinction, revivre les servitudes éteintes par confusion. C'est que chez nous le simple consentement suffit pour créer ou

rétablir une servitude ; il suffit même que le consentement soit tacite. Chez les Romains où la servitude ne peut être constituée que par *mancipatio* ou *cessio in jure* ou par legs, en un mot, par des actes solennels, l'intention des parties, ce qui n'est qu'un pacte, est absolument impuissante à rétablir des servitudes qui ont été éteintes *ipso jure*.

§ 6. *De l'expiration du terme et de l'événement
de la condition.*

Les Romains, regardant le droit de propriété comme perpétuel par son essence, n'admettaient pas que ce droit fût susceptible de modalités au point de vue de son existence et de sa manière d'être ; suivant les moyens employés, on pouvait faire seulement dépendre la création d'un droit de propriété de l'arrivée d'un terme ou de l'accomplissement d'une condition.

Devrons-nous en dire autant des servitudes prédiales? « *Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore*
« *neque ad tempus neque sub conditione, neque ad*
« *certam conditionem (verbi gratia, quamdiu volam),*
« *constitui possunt : sed tamen, si hæc adjiciantur,*
« *pacti vel per doli exceptionem occurreretur, contra*
« *placita servitutem vindicanti ; idque et Sabinum res-*

« pondisse Cassius retulit, et sibi placere » (Dig., L. 4 *princ.*, liv. VIII, tit. I^{er}).

Ce texte est bien formel pour nous dire qu'on ne peut pas constituer une servitude avec la clause qu'elle s'éteindra par l'arrivée d'une condition et c'est là le seul côté par lequel le texte nous intéresse, puisque nous ne nous occupons que de l'extinction des servitudes; mais on fait valoir indirectement ces restrictions mises à la constitution des servitudes.

Les Romains à l'époque classique se sont tenus à la perpétuité du droit une fois créé; la servitude est traitée à ce sujet comme le droit de propriété, parce qu'elle existe au profit d'un fonds, et elle doit durer tant que les fonds existent. Donc la constitution de la servitude ne sera pas nulle, parce que l'existence de celle-ci serait soumise à l'arrivée d'un terme ou à l'accomplissement d'une condition, mais la servitude, lors de l'événement, ne s'éteindra pas *ipso jure*, ce ne sera que par une exception de pacte ou de dol que le propriétaire du fonds servant pourra se soustraire aux réclamations du propriétaire du fonds dominant; donc l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition ne sont pas une cause d'extinction *ipso jure*; ils auront cependant pour effet de tenir en échec toute réclamation du propriétaire du fonds dominant pour se servir de la servitude. Le meilleur exemple donné à l'appui de ce que nous venons de dire est l'hypothèse

citée dans les textes où on voudrait constituer l'usufruit d'une servitude : une première règle s'oppose à cette constitution, c'est la règle *servitus servitutis esse non potest* ; une seconde encore s'y oppose, c'est que la servitude serait temporaire, puisqu'elle s'éteindrait par la mort de l'usufruitier. Donc, *ipso jure*, cette constitution d'usufruit est impossible ; mais comme les Romains cherchent toujours à éluder par des détours, les prohibitions juridiques qui font obstacle à l'exécution de la volonté des parties, ils sont arrivés à l'un des deux résultats suivants : ou l'on constituera la servitude *in æternum*, mais l'usufruitier promettra sur stipulation d'y renoncer au jour de sa mort, ou de sa *capitis deminutio* ; la servitude ne sera donc pas éteinte ce jour-là *ipso jure*, tant que la renonciation de l'usufruitier ne sera point formelle, mais on aura une *condictio* contre lui pour l'obliger à payer le montant de l'intérêt que l'on a à l'accomplissement de sa promesse de renonciation, s'il ne veut pas l'exécuter. Un second moyen serait de lui promettre sur stipulation de lui laisser exercer la servitude tant qu'il vivra ou ne sera pas *capite minutus* ; et alors l'usufruitier n'aura qu'un droit de créance et non pas un droit réel, droit de créance qui s'éteindra par sa mort ou par sa *capitis deminutio* :
« Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viæ, aquæ-
« ductus legari potest ; quia servitus servitutis esse non
« potest ; nec erit utile ex Senatusconsulto quo cave-

« tur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus le-
« gari possit, quia id neque ex bonis, neque extra in
« bonis sit; sed incerti actio erit cum herede, ut lega-
« tario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi fa-
« cultatem præstet ; aut ea servitus constituatur sub
« hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite
« deminutus ex magna causa fuerit, restituatur »
(Dig., L. 1, liv. XXXIII, tit. II).

§ 7. *Résolution du droit du constituant.*

D'après nos principes actuels, il semble que si quel-
qu'un possède un fonds sous condition suspensive,
toutes les charges et droits réels que le précédent pro-
priétaire a constitués *pendente conditione*, tombent lors
de l'arrivée de la condition, en même temps que son
droit de propriété, par suite de l'effet rétroactif de la
condition qui fait que le nouveau propriétaire sera
censé avoir été déjà propriétaire et l'ancien avoir cessé
déjà de l'être au moment où le droit a été constitué
par lui. De même dans le cas de condition réso-
lutoire, la résolution ayant lieu, il semble qu'il faudrait
dire que les droits constitués par le propriétaire sous
condition résolutive sont rétroactivement anéantis :
cet effet rétroactif a-t-il été admis par les Romains?

Et d'abord voyons ce qui se passera quand un legs *per vindicationem* conditionnel aura été fait; que devient la chose *pendente conditione* : elle est *res nullius* d'après les Proculiens; mais cette opinion n'a pas prévalu à Rome, et les Sabinien ont fait admettre que jusqu'à l'événement de la condition, la chose léguée continue d'appartenir à l'héritier, qui a fait addition d'hérédité, et le droit réel, objet du legs, n'appartient pas au légataire. Ce n'est du reste que dans ce dernier système seulement que se présente notre question, car il y a un propriétaire intermédiaire avant l'arrivée de la condition : c'est l'héritier qui en a la propriété *pendente conditione*; il peut donc aliéner ou constituer tous autres droits réels sur cette chose, mais sous la condition expresse que tous ces actes ne porteront aucune atteinte au droit du légataire, car nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a. Que cette chose léguée de cette façon appartienne bien à l'héritier, un texte d'Ulpien nous le fait voir, puisqu'il nous dit qu'elle sera comprise dans le partage de la succession et qu'elle pourra faire l'objet d'une *adjudicatio* : « Res, « quæ sub conditione legata est, interim heredum est; « et ideo venit in familiæ eriscundæ judicium et adjudicari potest : cum sua scilicet causa, ut existente « conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut « deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est » (Dig., L. 12, § 2, liv. X, tit. II). Or, ce droit

de l'héritier n'est pas absolu sur la chose léguée, et je dis que les droits qu'il a constitués sur la chose *pendente conditione* s'éteindront à l'arrivée de la condition; car sans être obligé d'invoquer l'effet d'une rétroactivité, ces droits n'en sont pas moins précaires : d'abord le jurisconsulte emploie les mots *interim*, c'est parce qu'il fait allusion à une propriété provisoire, sans quoi les textes nous diraient que les droits s'éteignent comme ayant été conférés *ab initio* sans droit, et ils ne le disent pas : donc il y a des restrictions à son droit. D'ailleurs un texte formel nous dit que l'héritier ne peut pas nuire au droit du légataire : « Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguuntur, si legati conditio existat. Videamus an adquisitæ sequantur legatarium? Et magis dicendum est, ut sequantur » (Dig., L. 11, § 1, liv. VIII, tit. VI). Donc les servitudes constituées à la charge du fonds grevé s'éteignent à l'arrivée de la condition; et la fin du texte nous montre bien qu'elles ne s'éteignent pas par suite d'un effet rétroactif, car alors les servitudes constituées au profit de la chose léguée devraient aussi s'étendre comme celles qui grèvent le fonds. Un texte de Julien nous montre encore que telle n'est pas la cause de cette extinction (L. 17, liv. VII, tit. IV, Dig.); il suppose qu'un testateur a légué purement et simplement l'usufruit d'un fonds à une personne et à une autre la nue propriété d'un même fonds

sous condition : *pendente conditione*, le légataire de l'usufruit acquiert de l'héritier la nue propriété ; l'usufruit est éteint par consolidation et le résultat persiste même après l'arrivée de la condition qui a fait cesser les effets de cette acquisition en ouvrant le droit de l'autre légataire, si bien que celui-ci trouvant l'usufruit éteint recueille la propriété pleine et entière.

Donc, pour terminer, nous disons que les servitudes constituées *pendente conditione* par l'héritier, dans le cas d'un legs *per vindicationem* conditionnel sont éteintes, non par l'effet rétroactif de la condition, mais parce que le légataire tient ses droits du testateur ; que, par suite, il n'est pas l'ayant cause de l'héritier (un texte, L. 66, *De rei vind.*, nous dit qu'on ne peut pas lui opposer l'exception de chose jugée dans le cas où l'héritier a soutenu un procès relativement à la chose léguée) ; et qu'enfin il est propriétaire après l'héritier, sans lui succéder dans la propriété.

Voyons maintenant le cas d'un contrat de vente modifié par une des clauses, l'*addictio in diem* ou la *lex commissoria*, qui supposent une condition résolutoire. Sous le droit classique, l'acheteur devient propriétaire de la chose qui lui est transférée sous restriction ; mais il est seulement soumis à l'obligation personnelle de retransférer la propriété, si la condition arrive, cela tient à ce que les Romains n'admettaient pas que ce droit fût susceptible d'être limité dans sa durée : on

n'aura par suite qu'une action personnelle, *præscriptis verbis* d'après les Proculiens, *ex vendito* d'après les Sabinieniens ; mais les translations de propriété subsistent et les servitudes constituées *pendente conditione* ne seront pas éteintes par l'arrivée de la condition. La raison en est, ce nous semble, que dans cette hypothèse le vendeur reconnaît la propriété par suite d'un acte translatif accompli par l'acheteur : il est, par suite, l'ayant cause de ce dernier, et comme tel obligé de respecter tous les droits constitués par son auteur. Tel est le pur droit classique qui fut cependant battu en brèche par une théorie nouvelle ; nous voyons, d'une part, un texte de Marcellus rapporté par Ulpien : « Sed
« et Marcellus lib. V, *Digestorum* scribit, pure vendito
« et in diem addicto fundo, si melior conditio allata
« sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fun-
« dum pignori dedisset » (Dig., L. 4, § 3, liv. XVIII, tit. II). Ce texte ne parle que de l'hypothèque, qui, dit-il, sera éteinte lors de l'arrivée de la condition ; mais, s'il s'agit d'une servitude, nous pensons pouvoir en dire autant. Un texte d'Ulpien décide que lors de l'arrivée de la condition, la vente est résolue de plein droit et la propriété en revient au vendeur ; en conséquence il peut procéder par la voie de la revendication utile pour reprendre le fonds : « Si quis hac lege eme-
« rit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, rece-
« datur ab emptione : post allatam conditionem, jam

« non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest : postea, non poterit » (Dig., L. 44, *princip.*, liv. VI, tit. I). Ulpien fait donc rentrer le fonds *ipso jure* dans le patrimoine du vendeur, et nous pensons qu'il y entre libre de toutes les charges et notamment des servitudes que l'acheteur aurait pu constituer. Du reste, un texte de Paul exige la nécessité du concours du vendeur pour que la servitude subsiste : « In diem addicto prædio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est : ut sive remanserit penes emptorem, sive recesserit ; certum sit, voluntate domini factam aquæ cessionem » (Dig., L. 9, *princip.*, liv. XXXIX, tit. III).

Nous aurions donc ici une extinction des servitudes par la résolution du droit du constituant, si toutefois cette doctrine a été admise ; car M. Bufnoir dit, dans son *Traité sur la condition* qu'ici le retour de la propriété au vendeur s'opère sans effet rétroactif ; les droits créés par l'acheteur ont été valablement constitués, ils durent jusqu'à l'événement de la condition. Mais on applique encore ici le principe que nul ne peut conférer plus de droits que le sien propre ; le résultat sera le même, sauf cependant pour les servitudes constituées au profit du fonds ; celles-ci subsisteront, si on n'applique pas l'effet rétroactif en cette matière.

En cas de donation d'un fonds à cause de mort, si

l'acte a été pur et simple, la propriété a été transférée de suite au donataire, et si celui-ci prédécède, le droit du donataire n'est pas éteint *ipso jure*, sa propriété n'est pas anéantie et le donateur n'aura qu'une action personnelle pour obtenir une retranslation de propriété; donc, les droits réels créés par le donataire survivent à la résolution de la convention de la donation : « Si stipendariorum (*prædiorum*) proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio invita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit » (fragm. Vatic., § 283). Mais ici encore Ulpien essaie d'établir le nouveau principe plus équitable de faire résoudre la translation de propriété elle-même, une fois la convention de donation résolue : « Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit : videndum, an habeat in rem actionem ? et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est : sine dubio donator poterit rem vindicare : mortuo eo, tunc is, cui donatum est, si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de prælio, vel peregre rediisset ; potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset : interim autem ei, cui donatum est (Dig., L. 29, liv. XXXIX, tit. VI) ; mais les termes mêmes de ce texte *potest defendi, sine dubio*, nous font voir que cette jurisprudence n'était pas encore admise par tous du temps de ce jurisconsulte. Jus-

tinien admet le principe général du système posé dans ce texte d'Ulpien : « Si rerum tuarum proprietatem dono
« dedisti, ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te
« rediret, donatio valet : cum etiam ad tempus certum,
« vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quæ ei im-
« posita est, conservanda » (C., L. 2, liv. VIII, tit. LV).
On voit que ce texte est le même que celui du § 283 des
fragments du Vatican que Justinien a interpolé pour
en renverser le sens et le rendre conforme au principe
nouveau sur l'effet de la condition résolutoire. Ce n'est
donc que sous Justinien que la condition résolutoire
est devenue, si on peut s'exprimer ainsi, une cause
d'extinction des servitudes constituées par le proprié-
taire *pendente conditione*.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION

EN MATIÈRE DES SERVITUDES RÉELLES

Nous allons traiter dans notre thèse des effets que la prescription peut produire sur le droit des servitudes réelles ; nous étudierons d'abord l'établissement des servitudes par la prescription, puis leur extinction, et nous verrons en dernier lieu les changements que la prescription peut apporter au mode de ce même droit.

CHAPITRE PREMIER

ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES RÉELLES PAR LA PRESCRIPTION

A Rome, à partir de la loi Scribonia, à laquelle on ne peut fixer une date précise, tous les jurisconsultes rejettent l'usucapion comme mode d'acquisition des servitudes, car on ne peut acquérir par la possession prolongée que les choses susceptibles d'être possédées. Ils ne concevaient la possession que comme une détention matérielle, qui ne pouvait s'appliquer qu'aux choses corporelles ; or les servitudes étant des choses incorporelles, ils ne pouvaient y admettre l'application de la possession. On se demande même dès lors comment il a été besoin d'une loi positive pour prohiber l'application de l'usucapion à l'acquisition des servitudes ; la seule explication que l'on puisse tenter est de supposer qu'à l'origine ils n'avaient pas distingué la servitude de la chose sur laquelle elle s'exerçait, et confondaient, par exemple, une servitude de passage

avec le droit de propriété du terrain sur lequel on passait. Ce n'est que plus tard que le préteur apporta un tempérament à cette règle de droit civil qui ne permettait pas d'appliquer aux servitudes ce mode d'acquisition réservé pour le seul droit de propriété. Le même obstacle se rencontrait pour l'application de la tradition en matière de servitudes et en rendait la constitution impossible là où la *mancipatio* et la *cessio in jure* ne pouvaient s'appliquer. On sait comment on y remédia par des pactes et stipulations qui, d'après l'opinion commune, doivent être complétés par une quasi-tradition, et l'un et l'autre mode d'acquisition furent sanctionnés par le préteur au moyen d'une action confessoire utile ; tant que la *præscriptio longi temporis* ne sera pas achevée, celui à qui une servitude a été constituée *a non domino quem dominum esse credebat* jouira d'une action confessoire rédigée avec les modifications que comporte l'application de l'action publicienne (Voir L. 11, § 1, *De public. act.*, Dig.) ; la durée de la prescription étant achevée, on jouirait de la même action que quand il y a eu quasi-tradition, faite *a non domino*.

Si maintenant nous passons à notre ancien droit coutumier, nous ne trouvons aucune règle fixe pour l'acquisition des servitudes. Quelques coutumes admettaient la prescription de toutes les servitudes ; les unes exigeaient une possession immémoriale (cout. de

Metz, etc...) ou de quarante ans (cout. de Bretagne); dans les coutumes de Troyes, les servitudes rurales seules pouvaient être acquises par une possession de trente ans ; les autres, outre la prescription, alors ordinairement de vingt ans au maximum, exigeaient soit une contradiction formelle comme dans la coutume du Berri, soit un juste titre et bonne foi.

D'autres admettaient enfin que la possession même immémoriale ne suffisait pas, si l'on n'avait pas un titre valable (cout. d'Orléans, art. 225): « Veues, esgoutset tous autres droits de servitude, ne portent saisine à celui qui les a, s'il n'a titre valable; et sans titre valable, ne les peut prescrire par quelque temps que ce soit ». Il en était de même dans la coutume de Paris. Ce n'était plus ici la même raison qu'à Rome, où l'on regardait les servitudes comme non susceptibles de possession ; c'est parce qu'on regardait leur possession comme précaire; et telle est présumée la possession des servitudes, dont il n'y a pas de titre, telle elle restera toujours, la possession, si longue qu'elle soit, restant toujours entachée de ce même vice de précarité. Cependant il fut admis par Dumoulin que la possession centenaire vaut titre, et suffit pour établir la servitude, lorsque la coutume reste muette sur les effets d'une possession de cent ans ; mais Pothier, parlant de ces mêmes coutumes, au nombre desquelles se trouvait celle de Paris nous dit

« que quelles que soient ces raisons et ces autorités, on aurait peut-être aujourd'hui de la peine à réussir à établir une servitude par la seule possession centenaire, parce que la jurisprudence incline beaucoup à interpréter les autres coutumes par celle de Paris ».

On a analysé au contraire dans notre Code civil le droit de servitude d'une façon plus logique : pour nous, le droit de servitude est incorporel, mais la chose corporelle, qui fait l'objet de ce dit droit, ne cesse pas d'être corporelle parce qu'elle serait soumise à un droit de cette nature, ce qui découle de l'art. 2228 du Code civil : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom ». Cet article applique l'idée de possession aussi bien aux choses incorporelles qu'aux choses corporelles; employant toujours l'ancien langage, il nous parle de la détention d'une chose et de l'exercice d'un droit, alors que ce que la loi appelle détention d'une chose n'est que l'exercice du droit de propriété. Mais il supprime fort logiquement toutes distinctions entre les deux situations qui comportent aussi bien l'une que l'autre l'application de la possession : la conséquence en est appliquée par notre matière spéciale dans l'art. 690 du Code civil : « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans » ; mais

notre Code n'admet la prescription que pour les servitudes continues et apparentes, et si cette distinction est faite, ce n'est pas parce que les autres servitudes ne comportent pas la prescription, c'est parce que celles-là, comme nous le démontrons ci-après, ne réunissent pas tous les caractères exigés par la loi (art. 2229, C. civ.) pour que leur possession puisse conduire à la prescription. Aussi elles ne peuvent être établies que par titre (sauf le cas de la destination du père de famille); la possession même immémoriale ne suffit pas, et si l'art. 691 le dit, c'est parce que dans notre ancien droit certaines coutumes l'admettaient dans des cas où elles repoussaient la prescription trentenaire; et il est juste que si l'on n'admet pas la prescription de trente ans, on ne tienne pas compte de la possession immémoriale, car si, pendant trente ans, les actes de possessions ont équivoques et non concluants, il n'y a pas de raison pour qu'ils changent de nature après ce laps de temps. C'est ici la même application de l'idée de notre ancien droit : « Nulle servitude sans titre », car, comme nous l'avons vu plus haut, on pensait que toute servitude était précaire, c'est-à-dire, que toutes avaient commencé par le fait d'une pure courtoisie du propriétaire, et l'on présumait que ces actes de pure complaisance n'existaient qu'à cause de la personne même du voisin, et que par suite, la disparition de ce dernier devait amener en même temps la

cessation de ces actes. Aussi nous voyons que notre Code civil ne permet la prescription que d'une façon limitative, prenant ce qu'il pouvait y avoir de juste dans le système de notre ancien droit, système dont la critique a été faite au sein du Conseil d'Etat par le conseiller d'Etat Berlier : « Les actes journaliers et patents, exercés pendant si longtemps sans aucune réclamation, ont un caractère propre à faire présumer le consentement du propriétaire voisin ; le titre même a pu se perdre, mais la possession reste et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice. Il n'en est pas de même à l'égard des servitudes continues non apparentes et discontinues apparentes ou non ; dans ce dernier cas, rien n'assure, rien ne peut même faire présumer légalement que le propriétaire voisin ait eu une suffisante connaissance d'actes équivoques et dont la preuve est dès lors inadmissible : la preuve de la possession trentenaire sera donc admissible dans la première espèce, mais nulle preuve de possession, même immémoriale, ne sera admise dans la seconde. »

Notre Code a donc pris un système intermédiaire entre les solutions opposées admises dans notre ancien droit : en règle générale, nulle servitude sans titre et il n'y est fait que deux exceptions, dont l'une est la possibilité d'acquérir par prescription les servitudes continues et apparentes.

Voyons d'abord avant d'étudier les caractères de la

possession exigée par l'art. 690, une controverse au sujet de ce même article : est-il limitatif, ou bien a-t-il statué d'une manière générale ? En un mot pourra-t-on se servir de la prescription de dix à vingt ans, lorsqu'on a titre et bonne foi ? Un premier système décide que les servitudes, étant immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent, ne peuvent échapper à l'art. 2265 ; et si l'art. 690 ne parle que de la prescription de trente ans, c'est qu'il ne s'occupe que de la prescription basée seulement sur la possession, comme le fait voir l'article 690 lui-même, car la construction de la phrase présente la possession comme un mode d'acquisition distinct du titre. Mais la jurisprudence et avec elle nombre d'auteurs ont admis le système contraire, qui est exposé dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1834. « Attendu, qu'aux termes de l'articles 690, une telle servitude ne peut s'acquérir que par titre, ou par prescription de trente ans, et que, dans l'espèce, la prescription invoquée était seulement celle de dix ans ; — attendu, que l'art. 2265, relatif à la prescription de dix ans, n'est point applicable aux servitudes, puisque la prescription relative à cette matière est réglée positivement par l'art. 690, et que l'article 2264 dispose que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le titre XX, livre III, sont expliqués dans les titres qui leur sont propres ; — attendu, qu'en appliquant l'art. 2265 à une pres-

cription de servitude, sans même qu'il y eût un acte émané du propriétaire du terrain sur lequel on prétendait une servitude, l'arrêt attaqué a violé les art. 690 et 2264 du Code civil et faussement appliqué l'art. 2265 du même Code; casse. » — Ce système nous semble d'ailleurs plus juste en ne traitant pas la prescription de la servitude aussi favorablement que la prescription de la propriété : car les faits, qui constituent la prescription d'une servitude, n'ont pas ce caractère aussi public que la possession de la propriété; en outre, c'eût été faire revivre toutes les difficultés parues à ce sujet dans l'ancien droit, en donnant une valeur quelconque à un titre, étranger au véritable propriétaire, qui n'en soupçonnera probablement pas l'existence.

La jurisprudence paraît aujourd'hui confirmée par le législateur lui-même dans la loi du 21 août 1881, art. 672 nouveau du Code civil; énumérant les modes d'acquérir la servitude résultant du fait de l'homme d'avoir des arbres à une distance moindre que la distance légale, il y indique la prescription trentenaire. L'épithète serait superflue si elle n'indiquait pas de la part du législateur l'intention positive de n'admettre que la prescription de trente ans; donc notre Code n'admet que la possession de trente ans pour les servitudes continues et apparentes, et ce sans s'inquiéter si celui qui prescrit a ou n'a pas un titre, ou bien possède ou non avec bonne foi.

L'effet de la prescription étant ici de faire acquérir une servitude, cette prescription est acquisitive; et, comme elle repose sur la possession, cette dernière doit forcément remplir les conditions de l'art. 2229 : pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. Sans entrer dans le détail de chacun de ces caractères, nous allons les examiner brièvement en étudiant quelques questions auxquelles elles ont donné lieu.

Elle doit être continue, c'est-à-dire qu'il faut, pendant tout le temps requis pour prescrire, que le possesseur n'ait pas cessé d'être passible de l'action confessoire: mais pour arriver à ce but, une détention continuelle n'est pas requise; une fois que la possession est acquise, elle se prolonge d'elle-même par la volonté du possesseur, quand même cette volonté ne se traduirait par aucun acte postérieur, et il n'est pas nécessaire que les actes soient toujours incessants et sans intervalle : une certaine intermittence n'est pas incompatible avec la continuité de la possession. Mais aucune règle fixe n'existe cependant pour déterminer combien de temps pendant lequel le possesseur, qui est en chemin de prescrire, peut laisser entre chacun des actes qui attestent sa possession, pour que celle-ci ne cesse pas d'être continue. Le président Favre, dans notre ancien droit, avait fixé le

délai de dix ans, mais un arrêt de la Cour de Nancy, en date du 23 avril 1834, décide, au contraire, que pour fonder un droit de prescription en faveur d'un propriétaire d'un bois, on ne peut raisonnablement exiger que les actes possessoires dont ce genre de propriété est susceptible. Il nous semble cependant que l'on ne pourrait pas admettre une possession dont deux actes énonciatifs de jouissance auraient un intervalle de plus de trente ans. Il faut donc avoir soin de ne pas donner à ce mot de « continue » dans l'art. 2229 le même sens que ce même mot signifie dans l'art. 690 ; ce dernier sens est expliqué dans l'art. 688, qui ne s'occupe pas du caractère de la possession, mais de la constitution de la servitude au point de vue de son exercice, et c'est là une différence entre une servitude continue et une servitude discontinue, qui est cependant susceptible d'être possédée d'une façon continue.

Elle doit être non interrompue. Bien certainement une possession interrompue perd son caractère de continuité, et l'interruption, comme la discontinuité, aura pour effet de faire perdre le bénéfice de la possession antérieure ; mais la différence entre ces deux actes est que la discontinuité provient du fait du possesseur lui-même qui cesse de posséder, tandis que l'interruption provient généralement du fait d'autrui ; je dis généralement, car elle peut aussi provenir de la reconnaissance émanée du possesseur.

Elle doit être paisible. La possession paisible est celle qui a été acquise sans violence et qui n'a pas été violemment contestée ; toute possession fondée sur des actes de violence tombe sous le coup de l'art. 2233 ; toute possession fondée sur la violence n'est pas paisible ; de plus, si les contradictions, opposées au possesseur, sont trop violentes, pour ne pas rendre inquiète et agitée sa jouissance, celle-ci manque par suite du caractère pacifique exigé par l'art. 2229 ; mais il faut laisser aux tribunaux le soin d'apprécier quels seront les actes qui seront assez violents pour vicier la possession et pour l'empêcher d'être paisible.

Elle doit être publique. On n'exige pas par là que les intéressés doivent connaître la possession : on veut seulement qu'ils soient dans des conditions telles qu'ils ne soient pas excusables de ne pas l'avoir connue, et cela sans distinguer dans quelle limite on a été troublé. La Cour de Paris (le 18 février 1821) a regardé comme clandestine la possession d'un terrain enlevé chaque année par un ou deux sillons de charrue, car, dit-elle, la quantité enlevée chaque fois est trop minime ; mais le propriétaire du terrain était mis à même de s'apercevoir des empiètements minimes faits chaque année par son voisin ; il est resté plus de trente ans sans faire le mesurage de sa terre, c'est tant pis pour lui, personne ne l'aurait empêché.

Publique au commencement, la possession doit gar-

der le même caractère pendant tout le cours de sa durée; l'art. 2269 n'exige bien la bonne foi qu'au moment de l'acquisition, mais ici le cas n'est plus le même : ce que l'on veut en exigeant la publicité, c'est mettre en éveil le véritable propriétaire; or, ce serait aller contre la loi que de permettre la clandestinité à un moment quelconque de la possession.

Elle doit être non équivoque, c'est-à-dire qu'elle doit exister de façon à ce qu'il n'y ait pas de doute sur l'intention du possesseur; et cette condition n'existera vraiment que quand toutes les autres conditions exigées par l'art. 2229 seront remplies; un récent arrêt de rejet de la Cour de cassation en date du 15 juin 1881 (Dalloz, 1^{re} partie, p. 259), nous montre une application de ce caractère équivoque que peut prendre la possession : « Sur le troisième moyen tiré de la violation des art. 675 et suivants, et 690 du Code civil : Attendu que les fenêtres et ouvertures, indiquées dans l'art. 675 du Code civil, qui, comme servitudes apparentes, peuvent aux termes de l'art. 690, être acquises par prescription, sont celles que l'un des voisins a pratiquées dans le mur mitoyen, et qui par leur nature éveillent l'attention et provoquent la contradiction de l'autre voisin; attendu qu'il est constaté en fait par la Cour d'appel que les ouvertures dont de Monterno a demandé la fermeture, ne sont pas de l'aveu même de Perrier, de véritables ouvertures et qu'elles consistent

dans une pente ou descente à travers le mur; qu'en refusant par suite d'assimiler des brèches ou échan-crures pouvant provenir d'un simple accident aux fenêtres et ouvrages extérieurs, qui donnent lieu à la prescription, l'arrêt n'a nullement violé les articles précités. »

Elle doit enfin avoir lieu à titre de propriétaire : c'est encore une application de l'art. 2232, « les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription » ; or il faut donc posséder en faisant des actes qui ne peuvent être faits que par le propriétaire; il faut donc user à titre de maître et dans un véritable esprit de propriété. Cette proposition écarte donc les fermiers, les séquestres, les antichrésistes, etc..., qui n'exercent qu'une possession d'emprunt, car par leur titre même ils reconnaissent un droit supérieur au leur, le droit de propriété. A part ce cas particulier, il sera souvent assez difficile de distinguer si les actes du possesseur ont ce caractère d'être faits à titre de propriétaire : ce sera laissé à l'appréciation des tribunaux : cependant il faut examiner le cas où celui qui exerce la servitude a reconnu par un titre qu'il ne jouit de cette servitude qu'en vertu d'une simple tolérance. On a dit que c'était là une renonciation à la prescription, or l'art. 2220 défend de renoncer à une prescription non encore acquise; cet écrit, dit-on, n'est qu'une reconnaissance que le pos-

sesseur a faite du droit de celui contre lequel il prescrivait; il n'aura donc pour effet que d'interrompre la prescription, qui recommencera par suite à courir de nouveau aussitôt après l'écrit.

L'art. 2220 défend, il est vrai, de renoncer à une prescription non encore acquise, mais il suppose encore possible l'acquisition par une prescription future; or, ici justement nous pensons que par le fait de l'écrit ci-dessus, le propriétaire du fonds dominant reconnaît que sa possession est vicieuse, et qu'elle ne peut pas servir de base à la prescription, car elle restera toujours vicieuse; et ceci nous donne la réponse au deuxième argument du système que nous combattons : on ne peut interrompre qu'une prescription qui peut s'accomplir, c'est dans cette hypothèse que s'applique l'article 2228, hypothèse qui n'est pas la nôtre; ce système est d'ailleurs suivi par la jurisprudence. La Cour de Montpellier, le 12 mars 1851, a confirmé un jugement du tribunal de Béziers, en date du 23 juillet 1850, qui reconnaît la valeur de cet écrit : « Sur la seconde question relative à la servitude, attendu qu'aucun ouvrage apparent, qui aurait eu l'exercice même de la servitude pour objet, n'a été établi au profit des prétendants droit et n'a pu dès lors la faire acquérir par prescription. Que d'ailleurs à cette partie des prétentions des appelans s'applique encore ce qui a été dit ci-dessus des reconnaissances geminées faites par ces derniers;

et lors desquelles le droit de servitude dont s'agit, pas plus que la propriété même, ne furent revendiqués ou objectés par l'administration du canal. » La Cour de cassation a admis ce système par un arrêt de rejet en date du 14 juin 1852 (Dalloz, 1854, 1^{re} partie, p. 154). « Attendu que ces décisions souveraines sont exclusives de tout droit fondé, soit sur la prescription, qui exige au moins que l'on ait manifesté par une possession non équivoque la prétention au droit de la servitude; rejette. » Donc cet écrit rend la possession équivoque et par suite empêche la prescription acquiescitive de s'accomplir.

Dans ce cas donc, le titre est opposable aux héritiers ou successeurs universels; mais si on l'oppose à un successeur à titre singulier : ou bien celui-ci aura acquis la servitude par une possession de trente ans, et alors on ne pourra plus rien lui dire; ou bien il sera obligé de joindre à sa possession celle de son auteur. Car nous appliquerons ici à cette prescription les règles ordinaires en cette matière pour l'*accessio possessionum*.

Maintenant que nous avons vu que la prescription de trente ans, d'après notre Code, est un mode d'établissement de certaines servitudes, et que nous avons en même temps examiné les conditions que doit remplir la possession, base de cette prescription, voyons

quelles sont les servitudes qui sont susceptibles de ce mode d'acquisition.

Ce sont les servitudes continues et apparentes (art. 690), et cet article est limitatif, malgré tous les détours employés pour y échapper, comme nous le verrons tout à l'heure. Ce que la loi a craint en cette matière des servitudes, c'est de permettre à des actes équivoques, ou de tolérance, de fonder un titre suffisant pour arriver plus tard à la propriété de la servitude ; elle exige donc le caractère d'apparence et de publicité, de telle sorte qu'on ne puisse plus voir dans l'exercice d'une servitude continue et apparente un simple fait de tolérance. Dès lors, si un fonds servant supporte cette charge, on ne peut plus supposer que ce n'est qu'un acte de bon voisinage.

Mais on a exposé différents cas où, dit-on, il y a exception à ce principe limitatif de l'art. 690 : on a dit que les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes étaient prescriptibles, lorsqu'il existe un juste titre, c'est-à-dire un titre coloré avec bonne foi. Un premier système soutenu par M. Duranton applique ici les principes de la prescription de la propriété ; les servitudes sont prescriptibles par une possession de dix ans à vingt ans avec juste titre et bonne foi, car les servitudes, dit l'art. 524, sont des immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent ; dès lors il faut leur appliquer l'art. 2265. C'est, du reste, ce qui a été admis

par tous pour l'usufruit, et c'est pure subtilité que de vouloir écarter ces dispositions pour les servitudes; or, pour cette prescription, il faut comme base un titre, et on ne peut pas dire qu'un titre coloré ne soit pas un titre, car le Code ne distingue pas; il dit que ces servitudes ne peuvent s'acquérir que par titre, mais ne dit pas si c'est un titre émané du véritable propriétaire, ou si c'est un titre coloré. Donc on ne peut pas exclure cette dernière hypothèse, qui sera régie par les principes de droit commun, qui admet dans ce cas la prescription de dix à vingt ans; et, enfin, à quelle conséquence arriverait-on? Un fermier, que l'on croit propriétaire, ne pourra faire acquérir à un possesseur une servitude par la prescription de dix à vingt ans, et cependant il pourra placer ce même possesseur dans une situation telle, qu'il acquerra l'immeuble par ce même laps de temps; enfin un juste titre écarterait le caractère de précarité, car celui qui exercerait la servitude l'exercerait *jure servitutis*.

Un deuxième système admet également que les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes peuvent s'acquérir quand on a titre et bonne foi; mais il faut, en outre, une prescription trentenaire. Le Code s'est séparé des principes généraux sur le délai de la prescription; car si pendant dix ou vingt ans personne n'a réclamé la propriété, c'est parce que personne n'avait de droits à faire valoir. Mais ce raisonnement ne

peut être appliqué aux servitudes, car leur prescription n'a pas de résultat aussi sensible que celle de la propriété; c'est pourquoi la loi a exigé la prescription la plus longue pour acquérir une servitude, c'est ce que démontre l'art. 2264 qui renvoie au titre des servitudes (art. 690).

Nous repoussons ces deux systèmes, comme contraires aux principes nouveaux que notre Code a voulu établir : empêcher que des actes de bon voisinage, c'est-à-dire ayant un caractère équivoque, puissent, à un moment donné, servir de base à une prescription acquisitive des servitudes; et, du reste, les textes sont formels : le titre dans les art. 691 et 695 est celui qui émane du véritable propriétaire. En effet, ce mot titre a dans l'art. 691 le même sens que dans l'art. 690; or, dans ce dernier article, il signifie le titre constitutif de la servitude, c'est-à-dire émanant du véritable propriétaire; et c'est là le sens de ce même mot employé dans l'art. 691; de plus, celui qui aurait acquis une servitude en vertu d'un titre coloré, c'est-à-dire *a non domino*, n'aurait pas acquis évidemment en force du titre, mais en force de la prescription; or, à ce sujet, l'art. 691 dit bien formellement que la servitude ne pourra s'acquérir que par titre. Du reste, l'article 695, dans ses termes, nous dit qu'il y a des servitudes imprescriptibles, puisqu'il nous dit que le titre ne peut être remplacé à l'égard de celles qui ne peu-

vent s'acquérir par la prescription. Et, enfin, ce n'est pas purger le vice de précarité que de posséder un titre *a non domino*, car le véritable propriétaire pourra toujours supposer que c'est par simple tolérance de sa part que son voisin exerce cette servitude; ces actes sont donc pour lui entachés de précarité et d'équivoque. Quelques partisans, parmi ceux qui soutiennent l'opinion que nous venons d'admettre, n'appliquent pas ce système d'une façon absolue; ils disent qu'il y a exception quand on a exercé pendant trente ans la servitude à partir de la contradiction que l'on a opposée au droit du propriétaire. Voici leur raisonnement: Cette contradiction a pour effet d'intervertir le titre, en ce sens qu'elle purge la possession du vice de précarité qu'on pourrait lui reprocher (art. 2238); si donc, dit-on, vous m'avez laissé exercer sans opposition cette servitude pendant trente ans depuis cette contradiction, j'ai acquis cette même servitude par prescription, car ma possession est devenue une possession à titre de propriétaire. Or, nous répondons à ce système que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par titre: « La contradiction, elle n'est que le fait du propriétaire du fonds prétendu dominant; or, on ne peut pas se faire de titre à soi-même (art. 695). J'ai pu, par différents motifs, ne pas donner suite à mon projet de vous empêcher de passer sur mon fonds, ou de puiser de l'eau à ma fontaine, sans pour cela recon-

naître la légitimité de vos prétentions ; et il serait bien étrange que vous eussiez le droit de me mettre dans l'alternative forcée de me clore, ou de vous faire un procès, et de vous empêcher de passer, quand je veux bien, moi, y consentir ! On ne pourrait arriver à cette espèce d'interprétation de mon inaction et de mon silence que par la voie des présomptions ; or les présomptions ne peuvent être admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. En un mot, avez-vous un titre ? non ! Donc vous n'avez pas droit à la servitude » (Demolombe, t. XII, n° 789, p. 286).

Ces principes sont quelquefois dans la pratique d'une application assez difficile, car la distinction, qui caractérise les servitudes continues et apparentes, n'apparaît pas bien au premier abord ; aussi examinons quelques cas particuliers qui présentent certaines difficultés.

Une servitude de prise d'eau, qui est apparente, sera-t-elle continue, si elle ne s'exerce que par intervalles et surtout s'il est nécessaire pour permettre à l'eau de couler de lever une vanne ou d'ouvrir une écluse ? Un jugement du tribunal d'Aix, le 2 février 1836, a décidé que dans ce cas la servitude était discontinue, parce que dans l'espèce l'eau que l'on prenait était employée à un arrosage, qui ne pouvait avoir lieu qu'à des jours déterminés par le titre, « et que par suite cet arrosage n'a pu avoir lieu que d'une manière

équivoque, interrompue, non paisible, non publique et sans la continuité qui pourrait seule fonder la prescription trentenaire ». Mais maintenant tout le monde est d'accord pour décider qu'une prise d'eau est continue et apparente et peut par suite être acquise par prescription, quand même il serait nécessaire de lever une vanne ou de faire jouer une écluse ; car cette manœuvre ne constitue pas l'exercice de la servitude, mais a au contraire pour objet de lever l'obstacle qui s'oppose à cet exercice, lequel se réalise de lui-même et sans avoir besoin du fait de l'homme ; et par suite voici une des conséquences logiques qu'en tire un arrêt de la Cour de Lyon du 9 avril 1881 (Dalloz, 1882, 2^e partie, p. 20) : « Considérant que la servitude dont il s'agit (prise d'eau) est une servitude continue..... que les trente ans de non-usage nécessaires à son extinction ne peuvent dès lors commencer à courir que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude ». Donc cette servitude est continue, et par suite si elle est apparente, elle est prescriptible.

Examinons maintenant la servitude de retenue d'eau à une hauteur déterminée ; cette servitude est continue, puisqu'elle s'exerce sans le fait de l'homme ; et si le barrage ou la vanne est apparente, aurons-nous ici une servitude prescriptible ? En un mot, pourra-t-on acquérir par prescription le droit d'inonder les héritages situés en amont de la vanne. Il y a contre la solution qui

admet l'affirmative l'art. 15 de la loi du 6 octobre 1791 : « personne ne pourra inonder l'héritage de son voisin, ni lui transmettre les eaux d'une manière nuisible, sous peine de payer le dommage et une amende qui ne pourra excéder la somme du dédommagement » ; et l'art. 16 prévoit le cas pour les usiniers, qu'il oblige sous peine d'amende à tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à personne ; enfin, l'art. 457 du Code pénal étend ces dispositions et conserve au fait d'inondation le caractère d'un délit punissable par la répression correctionnelle. Or, dit-on, un délit ne peut se transformer en un droit parce qu'il aurait été plusieurs fois réitéré, aussi on n'a pas à s'occuper ici de savoir si cet état de fait présente les caractères d'une servitude continue et apparente ; c'est une chose illégale et comme telle il n'y a pas à s'inquiéter même de savoir si ce fait peut devenir un droit.

Voici ce que la jurisprudence a encore répondu tout récemment à cette argumentation : « Considérant qu'aux termes d'un arrêté préfectoral du 23 septembre 1879, le niveau légal de retenue d'eau du moulin de la Ferretière a été fixé à 0^m 67^{cc} en contre-bas du seuil de la porte d'entrée du moulin, face d'amont ; — considérant qu'en effet, les dépositions des témoins établissent que la retenue d'eau, telle qu'elle existe aujourd'hui... n'a pas été modifiée depuis plus de trente ans antérieurement au 11 septembre 1877...

qu'à cet égard, il y a lieu d'adopter les motifs des premiers juges ; — considérant, il est vrai, en ce qui touche la prescription, que les premiers juges ont refusé de l'admettre en se fondant sur ce que les faits de possession invoqués par les consorts à Chauvigny seraient de nature délictueuse ; qu'il résulterait des enquêtes et contre-enquêtes que la retenue d'eau de 0^m 56^{cc} occasionne dans les provinces des consorts Montara de fréquentes inondations ; qu'une possession se manifestant par des actes délictueux visés par les dispositions des art. 15 et 16 de la loi du 28 septembre 1791 serait viciée dans son principe et impuissante à conduire à la prescription. Mais considérant que la loi de 1791 ne consacre dans les art. 15 et 16 que des mesures de protection pour les héritages ruraux, lesquels n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs ; que les propriétaires peuvent, en renonçant au bénéfice de cette loi, s'engager à supporter une servitude qui aurait pour conséquence l'inondation plus ou moins fréquente de leurs héritages ; qu'une telle convention n'aurait rien de contraire aux lois ; — qu'il est certain d'autre part que l'on peut valablement acquérir par prescription des servitudes qui pourraient faire l'objet d'un contrat, à la seule condition qu'elles soient continues et apparentes ; — considérant que ce double caractère ne pouvant être contesté à la servitude invoquée par les appelants... Infirme » (Cour d'Or-

léans, 12 mai 1883; Dalloz, 2^e partie, p. 119, 1885).

Quant à nous, nous nous rangeons au premier système qui admet la négative, car du moment où la loi de 1791 prononce une amende, il y a une loi pénale édictée dans un intérêt général et non pas dans un intérêt privé, et par suite la prescription ne donne pas le droit de la violer, car personne ne peut s'en affranchir.

Voyons maintenant la servitude d'évier ; il en est peu qui aient donné lieu à tant de controverses et de discussions ; cela ne tient pas seulement à son caractère, qui n'est pas nettement défini, mais aussi à ses inconvénients, fort lourds pour le fonds servant, et qui sont tels que l'on ne se résigne pas facilement à subir une telle charge, si l'on n'y a pas consenti expressément par un titre.

Voyons d'abord le système de la jurisprudence exposé dans un arrêt de rejet de la Cour de cassation en date du 17 février 1875 : « Attendu que la servitude d'évier a pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères et que cet écoulement n'a et ne peut avoir lieu que par le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme ; que cette servitude est donc discontinue et qu'en décidant qu'elle ne peut en l'absence de tout titre faire l'objet d'une action possessoire, le jugement précité, loin de violer les textes de loi précités, en a fait au contraire une juste application..... Rejette ».

Cet arrêt fixe donc la jurisprudence qui considère comme discontinue, et par suite non susceptible de prescription, cette servitude d'évier.

Cet arrêt donne une solution contraire à celle qui avait été admise par un jugement du tribunal d'Aix, le 31 janvier 1838, solution défendue par M. Demolombe (t. XII, n° 712) par les raisons suivantes : le texte de l'art. 688 range au nombre des servitudes continues les égouts sans distinction ; or cette servitude d'égout ne s'exerce pas par le fait de l'homme, qui jette les eaux, la servitude ne commence que par l'écoulement des eaux, et cet écoulement s'opère sans le fait de l'homme ; ce qui le prouve, c'est que si le conduit était obstrué, la servitude ne s'exercerait pas, quoiqu'il y ait eu un fait de l'homme pour jeter les eaux. Du reste tout le monde admet qu'une servitude de prise d'eau est continue, quand bien même il faudrait à intervalles rapprochés un fait de l'homme pour ouvrir chaque fois une vanne.

Ce système, admis d'abord par MM. Aubry et Rau, est réfuté ensuite par eux, car, disent-ils, s'il est vrai que les eaux s'écouleront sans le fait ultérieur de l'homme, l'écoulement cependant ne transmettra au fonds servant que les eaux versées dans l'évier par le propriétaire du fonds dominant ; donc par suite la servitude ne s'exerce que par des actes successifs de ce dernier et dès lors elle est discontinue.

Mais l'argument de M. Demolombe n'en reste pas moins : dans une servitude de prise d'eau l'écoulement ne transmettra au fonds que les eaux que l'on aura laissé passer en baissant la vanne, et ce par les actes successifs du propriétaire du fonds dominant ; et cependant tout le monde admet que cette servitude est continue. De plus, le tuyau de conduite reste toujours : c'est une menace permanente pour le voisin, comme la fenêtre ; et enfin peut-on regarder comme un acte de simple tolérance une servitude aussi lourde pour le fonds servant ? Ce sont là les raisons pour lesquelles nous adoptons le système, qui regarde la servitude d'évier comme continue ; si donc elle est apparente, elle pourra être prescrite après un délai de trente années.

Examinons enfin la servitude de lavage : il faut supposer que l'on a construit sur le bord d'une rivière un lavoir où naturellement l'eau arrive sans le fait de l'homme : cette servitude est-elle continue ? La Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 14 février 1882 que c'est une servitude discontinue, puisque l'exercice en consiste dans des actes successifs et incessamment renouvelés de ceux à qui elle appartient et qu'elle a toujours besoin pour s'exercer, comme dit l'art. 688, du Code civil, du fait actuel de l'homme ; donc, dit la Cour, la circonstance que le lavage se pratique au moyen

d'un lavoir ayant une assiette fixe et permanente ne peut la transformer en une servitude continue.

Nous n'admettons cependant pas cette théorie : si le fait de laver est un acte constituant une servitude discontinue, l'installation permanente du lavoir transforme ce caractère : il constitue, en effet, une prise de possession permanente de l'eau, quand même on n'en fait pas l'usage auquel elle est destinée et qui se fait sans le fait actuel de l'homme, donc la servitude s'exerce tant que les lieux resteront dans cet état.

Voyons maintenant les conditions que doit remplir la prescription pour faire acquérir les servitudes.

Il faut d'abord une possession avec les qualités exigées par l'art. 2229 : de plus elle doit durer trente ans ; le point de départ de ces trente ans aura donc lieu le jour où la servitude existera, c'est-à-dire, quand elle remplira les conditions nécessaires pour être à la fois continue et apparente, car ce n'est qu'à partir de ce jour qu'elle grèvera le fonds servant d'une charge qui peut s'acquérir par prescription ; or, nous avons l'article 689, qui nous dit : « Les servitudes sont apparentes ou non apparentes. Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à

une hanteur déterminée. » Cet art. 689 se sert pour déterminer l'apparence de termes différents ; dans son premier alinéa il emploie les mots « ouvrages extérieurs » et dans son second il semble placer sur la même ligne les mots « signes extérieurs » ; mais ces derniers termes, reproduits d'ailleurs dans l'art. 694 ont un sens plus large, et il semble que les signes apparents seront suffisants pour permettre à la prescription de commencer à courir, quand la servitude sera en même temps continue. C'est d'ailleurs le système de la jurisprudence qui regarde les signes apparents comme suffisants pour prouver l'existence de la servitude : « Attendu que le jugement attaqué a déclaré en fait que lorsque le sieur Sudre avait acquis la pièce de terre dont le prix était réclaté par Fourcaud, la servitude dont il s'agit se trouvait manifestée ostensiblement par des signes apparents et certains que Sudre connaissait ; que de ce fait qu'il constate, le tribunal de Marmande a justement conclu que Sudre ne pouvait pas alléguer qu'il eût été trompé par son vendeur » (Cass., 8 nov. 1854 ; Sirey, 1854, 1^{re} partie, page 765).

Nous n'admettons pas ce système, car la prescription doit être publique et non équivoque : or, ou ces signes apparents seront bien l'image de la servitude, et alors ce seront des ouvrages extérieurs sur lesquels le propriétaire du fonds servant ne peut avoir de doute, ou bien ils ne seront qu'apparents, sans permettre toute-

fois de distinguer à quelle servitude ils se rattachent ; le propriétaire du fonds servant a pu, par suite, penser qu'ils étaient les signes d'une servitude non prescriptible, et c'est pourquoi il ne s'y est pas opposé : du reste quand la loi nous donne des exemples de servitudes apparentes, elle nous dit : « porte, aqueduc, fenêtre » ; ce sont donc là plus que des signes, ce sont des ouvrages, n'ayant pas un caractère provisoire ; ce sont là les raisons pour lesquelles nous nous tenons au système, qui explique les signes apparents par les mots ouvrages extérieurs, comme plus conforme aux caractères que doit réunir la possession, qui sert de base à la prescription. Une fois que la servitude sera constituée, la prescription commencera à courir, puisque la servitude continue est celle qui s'exerce sans avoir besoin du fait de l'homme.

Ces ouvrages extérieurs doivent donc être apparents relativement au propriétaire du fonds assujetti, car la loi a pour but de bien lui faire voir de cette sorte le caractère et l'étendue de la servitude que l'on veut exercer ; mais est-il nécessaire que ces ouvrages extérieurs soient construits, du moins en partie, sur le fonds servant ? On exige généralement, quoique la question soit très controversée, que les travaux du fonds inférieur mordent sur le fonds supérieur pour que le propriétaire du premier de ces fonds puisse acquérir par prescription l'usage d'une source, qui se trouve dans

le fonds supérieur. Ce système, généralement admis, s'appuie pour cela sur une explication littérale de l'article 642 qui parle de travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété ; mais ici aucun texte ne l'exige ; on ne doit faire que les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude ; et pourvu que celle-ci soit continue et apparente, il suffit que des ouvrages, indiquant son existence, puissent être aperçus par le propriétaire du fonds servant.

Est-il nécessaire que les travaux soient faits par le propriétaire du fonds dominant ? On dit que le propriétaire du fonds pouvant seul acquérir une servitude pour le fonds, lui seul a le droit d'agir au nom du fonds ; donc lui seul peut faire les travaux nécessaires à l'acquisition des servitudes. Mais cela ne nous semble pas exact, nous pensons que quiconque est en possession du fonds pourra lui faire acquérir la servitude, même si ce possesseur est un possesseur de mauvaise foi et par suite ne représente pas le propriétaire, car le propriétaire ou le possesseur ne sont que les moyens par lesquels la servitude a été acquise au fonds, mais ce ne sont pas eux qui exercent la servitude, c'est le fonds qui l'exerce et qui est censé en avoir joui, puisque les servitudes ne sont établies que pour l'utilité des héritages.

Il est bien évident que, pendant les trente ans, la possession doit garder les mêmes conditions d'éta-

blissement et d'exercice, car ce serait contraire à l'article 2229, qui exige la continuité de la possession.

Voilà donc les servitudes que l'on peut prescrire : continues et apparentes seulement, elles seules peuvent être acquises par ce mode ; il restera cependant toujours une difficulté, c'est celle de savoir quelle valeur donner aux actes de possession que l'on invoque pour réclamer un droit de servitude ; ainsi, par exemple, je possède depuis plus de trente ans une fenêtre sur le fonds de mon voisin : en quoi consistera mon droit ? au maintien de la fenêtre, ou bien à une servitude de vue. L'intérêt est grand dans ce cas : évidemment le propriétaire du fonds servant ne pourra plus demander que les vues soient bouchées, mais, de plus, nous pensons que la servitude de vue sera acquise par cette prescription trentenaire. C'est le système de la jurisprudence qui place sur la même ligne les servitudes acquises par titre ou par prescription : « Attendu que l'art. 690 place sur la même ligne comme mode d'acquisition des servitudes, le titre et la prescription, qu'ils ont ainsi la même force et doivent avoir les mêmes effets, et que, par suite, les servitudes acquises par l'un et par l'autre de ces deux moyens, tombent sous l'empire de la règle établie par l'art. 701. Attendu, d'autre part, que, par une conséquence nécessaire et juridique de l'art. 678, le propriétaire de l'héritage sur lequel une servitude de rue est établie,

par titre ou par prescription, ne peut élever de constructions... Rejette » (Cass., 22 août 1853; Dalloz, 1853, 1^{re} partie, page 246), et cette solution est juste, car, ici, les actes de possession n'impliquent aucun doute sur le droit qu'on prétend avoir prescrit. Cependant la thèse contraire a été soutenue dans ce cas, car, a-t-on dit, le propriétaire du mur exerce un droit naturel en établissant des fenêtres dans son mur; le propriétaire de l'héritage voisin en fait autant quand il élève sur son fonds des constructions qui rendent ces vues inutiles; or, dit-on, la prescription ne fait acquérir, ici, que l'affranchissement de cette servitude légale, mais ne fait pas acquérir, en même temps, une servitude au profit d'un fonds sur l'autre : mais, alors, ces fenêtres ont été ouvertes *jure proprietatis* et non *jure servitutis*, puisqu'il n'a point acquis de servitude active sur son voisin; ce ne peut donc être que *jure proprietatis* : mais ce n'est pas possible, car son droit de propriété, régi par nos lois, est tel, qu'il s'est, dans ce cas, affranchi d'une des conditions de la propriété en France en ouvrant cette fenêtre; il n'a donc pu le faire que *jure servitutis*, c'est-à-dire, qu'il a acquis une servitude sur le fonds du voisin, qui ne pourra pas bâtir à moins de 2 mètres de ladite fenêtre; par suite, dans ce cas particulier, ce fonds est grevé, en ce sens, qu'aucune construction ne peut être élevée, de telle sorte qu'elle annule, même en partie, le droit de vue.

Ajoutons pour terminer et disons une fois pour toutes que les servitudes naturelles et légales ne sont point de véritables servitudes, mais la limite apportée en France à l'exercice du droit de propriété ; celui qui y porte atteinte ne se libère pas d'une servitude naturelle et légale, il acquiert une servitude résultant du fait de l'homme, c'est-à-dire qu'il empiète sur la propriété de son voisin. Cette explication est aujourd'hui démontrée par la loi nouvelle de 1881 (21 août) au sujet des arbres plantés à une distance moindre de 2 mètres du fonds voisin (art. 672 nouveau du Code civil) ; quelle sera, dans ce cas, la situation au bout de trente ans ? Je ne suis pas libéré de la servitude légale de ne pas pouvoir planter des arbres à moins de 2 mètres ; si j'étais libéré, je pourrais désormais et à perpétuité replanter d'autres arbres pour remplacer ceux qui viendraient à mourir ; mais j'ai acquis la servitude, résultant du fait de l'homme, d'avoir cet arbre à une distance de moins de 2 mètres ; et l'arbre étant périssable, le jour où il mourra, je ne pourrai pas le remplacer, parce que je n'ai possédé qu'une chose destinée à périr et que l'étendue du droit acquis ne peut être plus grande que la chose possédée.

Nous aurons donc aussi à appliquer dans cette matière la règle *tantum præscriptum quantum possessum*, car la possession est le seul titre que l'on peut invoquer pour réclamer le droit que l'on prétend avoir acquis ;

ce sera là souvent un point assez délicat, et examinons à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 février 1867 (Dalloz, 1867, 1^{re} part., p. 257). « Attendu, en fait, que l'arrêt attaqué constate que cette fenêtre établie originairement sans titre constitutif d'une servitude de vue droite sur la propriété du sieur Lemaire était obstruée par le mur de clôture de celui-ci, situé de l'autre côté de la ruelle à une distance moindre de 19 décimètres...; attendu que Lemaire ayant surélevé le mur prémentionné, il s'agit de savoir si Bernier pouvait exiger que ce mur fût démoli en partie et ramené à sa hauteur primitive...; mais attendu que Bernier n'ayant possédé aucune fenêtre obstruée par le mur de Lemaire avant son élévation, n'a pu prescrire dans tous les cas que ce qu'il avait possédé; que la possession d'une fenêtre dans les conditions qui viennent d'être indiquées ne pouvait avoir créé en faveur du demandeur, sur le fonds de Lemaire, ni une servitude de vue droite ou d'aspect dont il n'avait jamais joui, ni par suite la servitude *non altius tollendi* ou *ne luminibus officiatur*; attendu d'ailleurs qu'il n'a été nullement constaté que la surélévation du mur de Lemaire ait diminué ou rendu plus incommode l'exercice du droit acquis à Bernier par la prescription... » Ce raisonnement est fort juste, car la prescription ne sauvegarde que ce qui a été possédé et lorsque la vue est bornée par un mur établi à une distance moindre que

celle fixée par les art. 678 et 679 du Code civil, il est manifeste qu'elle s'arrête à ce mur, qui trace l'étendue de la servitude ; aussi le propriétaire du mur peut-il faire son mur et à partir de ce mur tous les travaux qui lui seraient permis, s'il était soumis à une servitude de vue ordinaire.

Depuis le Code, aucune exception n'a été faite à l'art. 690 ; mais il peut cependant exister des servitudes, qui quoique ne rentrant pas dans la catégorie de celles indiquées dans l'art. 690, aient cependant été acquises par prescription, et ce, par application du 2^e alinéa de l'art. 691, qui consacre le principe de non rétroactivité des lois. Remarquons bien cependant que cet article exige que les servitudes soient déjà acquises lors de la promulgation de notre Code civil, et la possession a cessé d'être utile pour la prescription le 10 février 1804. — Sur le point de savoir comment maintenant on prouvera qu'une servitude était valablement acquise à cette date, les tribunaux durent appliquer les principes du droit antérieur à la promulgation du Code, si le propriétaire du fonds dominant n'a pas, lors de la promulgation du Code, exigé un titre récongnitif du propriétaire du fonds servant, comme on décide généralement qu'il en avait le droit pour remplacer la preuve testimoniale de sa possession immémoriale.

Cette théorie, si restrictive du Code, a entraîné des inconvénients fort graves ; aussi a-t-on cherché

à éluder la loi sur plusieurs points et voyons de quelle façon on s'y est pris. |

Servitude de passage. — Examinons d'abord le cas le plus fréquent, celui où un droit de cette nature est réclamé par une commune, dont les habitants passent depuis plus de trente ans sur un chemin qui n'appartient pas à la commune : celle-ci réclame le passage comme un droit de servitude. D'abord la commune, être moral, peut-elle posséder une servitude réelle, qui, nous le savons, ne peut être établie que pour l'utilité d'un fonds dominant ? La question est résolue affirmativement, car on regarde comme fonds dominant les chemins publics auxquels aboutissent les sentiers, ou les habitations que ces mêmes sentiers desservent. Ceci étant admis, voyons si la commune peut acquérir une semblable servitude par prescription : Non, car l'art. 691 est absolu et ne souffre aucune exception ; c'est là du reste le système admis par la Cour de cassation par un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 juillet 1824 : « Attendu qu'il ne s'agissait dans l'espèce que d'un droit de passage, avec chevaux et charrettes réclamé par le maire de Vinzieux, au nom de sa commune, sur une partie du chemin ou sentier, traversant les propriétés du défendeur éventuel, et non d'une question de vicinalité du chemin, laquelle n'aurait pu être déclarée que par l'autorité administrative ; qu'un droit de passage est une servitude discontinue,

qui ne peut s'acquérir que par titre ; que l'arrêt attaqué en jugeant que celle-ci n'était justifiée ni par les titres produits, ni par la possession immémoriale alléguée et non prouvée, a fait une appréciation de faits et d'actes, qui ne tombe point sous la censure de la Cour... Rejette. » — Mais si la commune ne peut acquérir la servitude de passage en tant que servitude, elle peut cependant, comme tout particulier, acquérir la propriété d'un terrain, uniquement affecté à un usage, qui constituerait une servitude de passage, s'il était exercé sur le fonds d'autrui. Mais ici se présente une difficulté : sur quels actes la commune se fondera-t-elle pour déclarer qu'elle a acquis la propriété ? sur le passage exercé par les habitants ? mais c'est là un acte de tolérance de la part du propriétaire. C'est vrai, mais ce ne sera justement qu'une difficulté de preuve, et la Cour de cassation admet la prescription de la propriété d'un chemin public : « Attendu que loin de rejeter sa demande par fin de non-recevoir et comme s'agissant d'une servitude de passage non prescriptible, l'arrêt attaqué examine les titres produits par la commune et les faits de possession par elle allégués ; qu'ainsi il ne porte aucune atteinte au principe que les communes peuvent acquérir par prescription la propriété d'un chemin public » (Cass., 16 juin 1858). Mais, ainsi que cet arrêt nous le fait voir il faut que la commune prouve qu'elle réclame un chemin public et à titre de

propriété ; et cette double preuve, elle la fera premièrement en montrant que le chemin a été déclaré communal et c'est là une condition formelle : une commune ne peut acquérir par prescription la propriété d'un chemin dont le caractère vicinal n'est pas fixé par aucun acte de voirie ou aucun document administratif ; deuxièmement en donnant la preuve d'actes qu'elle a exercés *animo domini* : comme par exemple avoir fait des travaux d'art sur le chemin, avoir fait transporter des matériaux pour construire des murs de soutènement ou pour les réparer, etc... (V. Cour de Grenoble, 27 juin 1843) ; car de simples actes de passage ne sont pas suffisants, et comme nous dit un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 avril 1856, il faut, pour sauvegarder le principe de la liberté des héritages, trop souvent blessé par l'habitude qu'ont les gens de la campagne d'abrèger leur chemin en passant sans droit sur la propriété d'autrui, que les communes appuient leurs prétentions à la propriété des chemins sur des faits de possession *animo domini*, et qu'elles ne se bornent pas à invoquer l'usage d'une fréquentation habituelle même immémoriale.

Remarquons en passant qu'en Belgique, depuis la loi du 10 avril 1841, une commune peut acquérir un chemin vicinal comme droit de servitude par une prescription de dix à vingt ans avec titre et bonne foi.

Cette question, que nous venons de résoudre pour

les communes, existe aussi pour les particuliers : un propriétaire quelconque peut également acquérir un passage sur un fonds, non plus comme servitude, mais comme droit de propriété du terrain sur lequel il passe; et ici également, celui qui veut se prévaloir de ce passage devra non pas s'appuyer sur le fait de son passage, mais sur des actes qu'il a faits *animo domini*. C'est ce qui fait que, dans cette hypothèse, nous ne nous attachons pas au point de savoir si l'on s'est servi du passage; ce qu'il faut discerner, c'est si les travaux exécutés sur la propriété voisine la modifient réellement en faisant corps avec elle; car, dans le cas contraire, nous ne pourrions plus invoquer l'acquisition du droit par incorporation; nous n'aurions plus que les signes apparents d'une servitude de passage et alors ce droit ne pourrait être acquis.

Mais il faut se garder de confondre ici cette servitude de passage avec le passage qui s'exerce pour l'exploitation de plusieurs fonds, appartenant à des propriétaires différents, car ici celui qui prétend avoir le droit de passer se fonde non pas sur ce qu'il lui est dû une servitude, mais sur ce qu'il est ordinairement copropriétaire du chemin lui-même, et par suite on ne peut pas repousser sa prétention sous le prétexte qu'elle n'est fondée que sur l'exercice *d'une servitude discontinue*. C'est là ce que décide un récent arrêt de la Cour de cassation (7 février 1883, Dalloz, 1^{re} partie, p. 128,

1853) : « Attendu que les règles en matière de servitude ne sont pas applicables à la copropriété, qu'elle peut être établie par la prescription. »

En un mot, ce n'est pas une servitude de passage que la prescription aura fait acquérir à la commune ou au particulier, c'est un droit de propriété et ce en vertu, des art. 711 et 2219. »

Droit de pâturage. — Une servitude discontinue comme le droit de pâturage, ne peut s'acquérir par prescription, et cependant on pourra suivant les circonstances considérer ce droit comme ayant été exercé à titre de copropriété : par suite, il devient alors prescriptible : « Attendu que les sieurs Barbot et consorts ne réclamaient pas un droit de servitude sur les terrains dont il s'agit, mais un droit de copossession qui serait établie par une jouissance promiscue » (Sirey, 1852 1^{re} partie, p. 319). Il s'agit dans cet arrêt d'un droit de pâturage dans des bruyères, droit auquel le propriétaire des champs de bruyère avait mis obstacle, quoiqu'il fût exercé depuis fort longtemps ; et la jurisprudence a encore appliqué avec raison, le système que nous venons d'exposer pour les servitudes de passage.

Done, pour conclure sur le mode d'établissement des servitudes par prescription, nous disons que l'article 690 reste entier : les servitudes continues et apparentes sont seules prescriptibles ; tout autre moyen

appliqué pour faire acquérir par prescription une servitude, qui ne soit pas continue et apparente, est nul ou ne pourra arriver qu'à faire acquérir la propriété ou copropriété des lieux sur lesquels on aurait exercé la servitude.

CHAPITRE II

EXTINCTION DES SERVITUDES RÉELLES PAR LA PRESCRIPTION

Nous avons sur cette matière l'art. 706 : « La servitude est éteinte par le non-usage de trente ans » ; ce non-usage est ici une prescription extinctive, qui a pour effet de libérer le fonds servant. Nous n'avons plus ici un texte limitatif, l'art. 706 est général et s'applique à toutes les servitudes ; ce qui d'ailleurs est conforme au système général de notre Code, qui donne à la prescription trentenaire la force d'éteindre tous les droits réels, sauf bien entendu le droit de propriété, qui ne peut se perdre, s'il n'est pas acquis en même temps par une autre personne, ici le non-usage seul sera nécessaire. Or, c'est une condition, qui peut exister à l'égard de toute servitude, tandis qu'au contraire les conditions multiples exigées pour la prescription acquisitive des servitudes n'existe for-

cément que pour celles qui ont à la fois le caractère de continuité et d'apparence.

Cependant toutes les servitudes ne sont pas encore traitées également, et il faut faire pour le cas de la prescription libératoire une distinction qui a une grande importance; comme nous allons le voir, le point de départ du délai de non-usage est différent suivant que la servitude est ou n'est pas continue. Dans le cas d'une servitude discontinue, on applique le premier alinéa de l'art. 707 : « Les trente ans commencent à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir ». Ainsi donc le jour où le dernier acte de jouissance a été fait, la prescription par non-usage commence à courir, et cela quand même il subsisterait des vestiges apparents des ouvrages établis pour jouir de la servitude : le fait de l'homme dans ces servitudes est seul nécessaire pour l'empêcher de s'éteindre.

Faudra-t-il appliquer ce principe, dans toute sa rigueur, aux servitudes intermittentes ? Soit, par exemple, une servitude de passage pour l'exploitation d'un bois dont la coupe n'a lieu qu'une fois tous les dix ans ? Le non-usage commencera-t-il à courir à partir du moment où le dernier acte de jouissance a été fait, ou seulement à partir du moment où un nouvel acte de jouissance pouvant avoir lieu n'a pas été fait ? M. Demolombe soutient cette dernière thèse, disant que celui qui a exercé la servitude possède pendant tout

l'intervalle et que par suite il n'a pas cessé de jouir ; donc la prescription ne peut courir qu'à partir du moment où l'on peut admettre qu'il a cessé de jouir en n'usant pas de son droit. Ce système a été admis par un arrêt de la Cour royale de Caen, le 8 février 1843 (Sir., 1843, 2^e partie, 243) : « Considérant que ce droit de maronnage est un droit qui ne peut être exercé qu'au fur et à mesure des besoins de l'usager...; qu'il suit de là que le besoin réellement existant de se procurer du bois de cette nature pour l'employer conformément à sa destination est la condition nécessaire sans laquelle le droit ne peut être exercé, et qu'ainsi, tant que ce besoin n'est pas né, la prescription ne peut courir contre l'usager ». Mais ce système peut être combattu, car on peut agir en justice pour interrompre la prescription, ou on peut se faire délivrer un titre reconnaissant ; ici la servitude n'est pas conditionnelle, elle est pure et simple, et, par suite, on ne pourra pas appliquer dans ce cas l'art. 2257 ; c'est d'ailleurs le système admis par la Cour de cassation, quoiqu'il y ait eu après des arrêts de jurisprudence consacrant la doctrine prescrite par la Cour suprême. Voici ce que nous trouvons dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 2 mars 1836 (Sir., 1^{re} partie, p. 245, 1836) : il s'agit d'un droit de maronnage qui ne s'exerce que quand besoin est, et ce besoin ne s'est pas fait sentir pendant quarante-neuf ans. : « Rien, en effet, même en

l'absence de tout besoin de bois, n'empêchait l'usager de se servir de son droit pour le conserver : il pouvait, conformément à l'art. 2263 du Code civil, se faire délivrer un titre nouvel ; cet article ne s'applique pas seulement aux créanciers de rentes : tout usager peut même, alors qu'il ne serait pas dans la position d'exercer son droit, intenter une action pour le faire reconnaître. Il ne s'agissait pas d'un droit dont l'exercice dépendait d'une condition et auquel on put appliquer l'article 2257 du Code civil ; l'usager ne pouvait non plus invoquer la maxime *contra non valentem agere*..., puisqu'il aurait pu agir. Enfin, les art. 706 et 707 du Code civil sur l'extinction par non-usage des droits de servitude, n'autorisent aucunement la distinction admise par la Cour royale ».

Nous nous rangeons à cette doctrine plus conforme aux principes et au texte de la loi, car ces mots : « depuis qu'il a cessé de jouir », signifient bien le dernier acte de jouissance, acte pour lequel la servitude a été spécialement constituée.

Les actes de jouissance, qui interrompent le non-usage, peuvent être faits par n'importe qui, car quiconque se sert de la servitude use du droit qui appartient au fonds ; mais il faut cependant admettre que la servitude ait été exercée à l'occasion du fonds, comme nous l'avons vu dans notre thèse romaine.

De même, si l'héritage est un fonds indivis, l'usage

que fera de la servitude l'un des copropriétaires du fonds dominant suffira pour conserver la servitude pour tout le fonds et pour chacun des copropriétaires. Article 709 : « Si l'héritage, en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. » « Si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres (art. 710). » C'est là une conséquence de l'indivisibilité de la servitude, car comment comprendre qu'une servitude existe au profit d'une quote-part idéale d'un fonds sans exister en même temps au profit des autres quotes-parts ; et même si l'exercice de la servitude était divisible, on appliquerait l'art. 709 ; du reste, ce résultat se comprend, car il en est des communistes comme des associés, qui sont censés, jusqu'à opposition, s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer les uns pour les autres. Ce système est admis par la jurisprudence, ainsi que nous le montre l'arrêt suivant de la Cour de cassation (12 juillet 1869) : « Attendu qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué que de temps immémorial les eaux du Vigezy ont été dérivées au moyen d'un barrage dans un canal en bief sur lequel sont situés cinq moulins ; que le barrage et le canal sont la propriété des cinq meuniers ; que les eaux empruntées au Vigezy par le canal, après avoir

desservi le premier moulin, sont transmises en totalité au second, et ainsi successivement....; qu'ainsi chacun des meuniers ayant droit à la totalité des eaux du canal, l'indivisibilité de ce droit résulte nécessairement du mode de son exercice et du but que toutes les parties se sont proposé en mettant les lieux dans l'état où ils se trouvent depuis un grand nombre d'années; que la prescription de ce droit avait donc été valablement interrompue vis-à-vis de tous les usiniers par les poursuites de l'un d'eux....; que Brayas (dont les auteurs avaient interrompu la prescription, et qui plus tard avait accordé une prise d'eau à la ville de Montbrison), n'a pas pu depuis disposer seul d'un droit commun et indivisible entre lui et les autres meuniers, et priver ainsi ses coïntéressés du bénéfice de l'interruption de prescription qui leur était acquise. Casse. » Cet arrêt a cassé un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 10 août 1867, qui ne reconnaissait pas à un acte individuel d'interruption la force d'interrompre pour tous les copropriétaires la prescription qui courait contre une servitude, quand celle-ci n'était pas indivisible par sa nature : système faux, qui admet une distinction qui n'apparaît pas dans la loi. Si ce résultat est compréhensible dans le cas d'une servitude indivisible par nature, il n'en est plus de même pour une servitude dont l'émolument est divisible; c'est peut-être vrai, mais c'est là une distinction que les interprètes peuvent faire, mais

que la loi n'a sûrement pas faite dans les art. 709 et 710. Remarquons ici que nous ne nous occupons que de la servitude considérée dans son essence ; mais que si son mode d'exercice est susceptible de division, une partie de ladite servitude peut être perdue par non-usage ; seulement, ce qui subsistera restera acquis au fonds entier et non pas seulement à celui qui a exercé seul cette portion de la servitude.

L'art. 707, § 1, dans ses termes, suppose une renonciation à la servitude ; d'où, dit-on, il faudrait refuser au non-usage son effet extinctif, quand il n'y a pas faute chez le propriétaire du fonds dominant : comme, par exemple, si c'est le fermier ou le locataire qui ne se servent pas de la servitude ; mais l'art. 707 n'exige qu'une condition : le fait matériel du non-usage et c'est tout.

Voyons maintenant le point de départ de la prescription trentenaire pour les servitudes continues (art. 707, § 2). « Les trente ans commencent à courir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. » Et en effet, ici on ne peut plus exiger le fait de la jouissance de l'homme, puisque ces servitudes s'exercent d'elles-mêmes et ce aussi longtemps qu'on laisse subsister la servitude ; pour les interrompre et arriver par suite à leur prescription, on sera obligé de faire un acte qui empêche l'exercice de la servitude ; cet acte renferme l'idée d'un

fait matériel, d'un ouvrage, qui modifie et change l'état des lieux ; en un mot, il doit être tel que l'exercice de la servitude devienne impossible. Aussi devons-nous regarder comme n'ayant aucune force légale la signification que le propriétaire asservi pouvait faire au propriétaire du fonds dominant, s'il ne joint pas à cet acte de procédure un acte matériel empêchant l'exercice de la servitude.

Nous devons aussi exiger pour ces actes les conditions de l'art. 2229 ; ils doivent être apparents et permanents. De plus, nous pensons avec Pothier que le fait interdit par la servitude ne peut en procurer la libération qu'autant qu'il ait été fait *nec vi, nec clam, nec pecario* (*Introduction au titre XIII de la Cout. d'Orléans*, n° 20).

Cet acte doit également être terminé, l'ouvrage doit être complet pour que la prescription commence à courir ; nous aurions ici à rappeler la même discussion que nous avons examinée pour le point de départ de la prescription pour l'acquisition d'une servitude continue et apparente.

Nous avons vu, qu'en droit romain, on exige que l'acte contraire émane du propriétaire lui-même : en est-il ainsi chez nous ? M. Demolombe ne l'admet pas ; le texte de l'art. 707 ne distingue pas de qui provient cet acte contraire, et dit-il, « de quelle cause procède ici l'extinction de la servitude ? du non-usage : or le

non-usage existe, dès qu'un acte contraire a été fait (par qui que ce soit, peu importe!) qui empêche d'en user; et apparemment dès que les fenêtres de votre maison sont bouchées, vous n'exercerez plus sur moi la servitude de vue; donc la prescription doit commencer à courir dans tous les cas (Demolombe, t. XIII, § 1009).

Le système contraire est soutenu par Pardessus : il exige que l'acte ait été fait par le propriétaire du fonds grevé ou par quelqu'un qui agirait en son nom et dans son intérêt; car puisque la loi a attaché à ces actes le caractère de contradiction et de refus de souffrir la servitude, il est naturel qu'ils soient propres au fonds débiteur. Ce système ne détruit pas les arguments de M. Demolombe; bien plus, l'art. 707 parle d'actes contraires en général et non pas d'acte de contradiction : c'est du reste ce qu'a décidé la jurisprudence de la Cour de cassation, le 20 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 1^{re} partie, page 13). « Attendu qu'il importe peu que l'interruption de la servitude soit, comme dans l'espèce, le résultat d'un événement de force majeure, c'est-à-dire du déplacement naturel et spontané du cours du ruisseau; qu'aucune loi n'exige de la part du propriétaire du fonds servant un fait personnel et physique pour s'opposer à l'exercice de la servitude. — Casse. » Cet arrêt ne distingue donc pas, puisque même il regarde comme bien suffisant un événement

de force majeure qui empêche l'exercice de la servitude.

Cet acte contraire doit durer trente ans : donc il faudra que pendant ce laps de temps la servitude ne soit pas exercée et que cette impossibilité de l'exercer tienne à cet acte contraire pour qu'elle soit éteinte par prescription. Il ne suffit plus ici, comme pour les servitudes discontinues, que l'on n'ait pas exercé la servitude; il faut, en outre, que l'on n'ait pu l'exercer qu'en déterminant l'acte contraire.

Comme nous l'avons dit plus haut, le non-usage est une prescription extinctive, aussi est-il soumis au droit commun pour les causes de suspension et d'interruption de la prescription.

Et d'abord il est certain que la servitude n'est pas exercée parce que sa constitution est reculée jusqu'à l'expiration d'un terme ou l'arrivée d'une condition, le non-usage ne court pas pendant l'intervalle; il faudrait admettre la même solution si le fonds servant était possédé par un possesseur de bonne foi, car celui-ci ne peut pas, comme nous le verrons plus tard, prendre les servitudes en même temps que le fonds; par suite, si depuis l'arrivée du terme ou de la condition, un seul acte de jouissance est fait dans les trente ans, on ne pourra pas invoquer le non-usage. Sans entrer dans la discussion sur la valeur d'un droit *intra tempus* ou *pendente conditione*, on peut dire qu'il ne dépend pas de la

volonté du propriétaire du fonds dominant d'user de la servitude ; la question présenterait une véritable difficulté, si nous admettions que le propriétaire ou le possesseur du fonds servant peut acquérir par voie de prescription acquisitive l'affranchissement des servitudes dont ce fonds peut être grevé ; on aurait le droit de se demander alors, si cette prescription court avant que le terme ou la condition soient accomplis ; c'est en ce sens que la question est tranchée par l'art. 1289, § 4, pour les hypothèques, quand le fonds hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur ; mais comme nous verrons plus tard que nous n'admettons point ce mode d'extinction des servitudes, la question se trouve ainsi pour nous supprimée.

Examinons maintenant le cas de l'art. 710 : « Si parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. » C'est, comme nous l'avons déjà dit, une conséquence de l'indivisibilité des servitudes : car étant due à toutes les parties du fonds, la servitude ne peut être conservée pour un communiste, sans être en même temps conservée pour les autres, puisque chaque copropriétaire a son droit dans chacune des parties du fonds comme dans le fonds entier, et le droit serait conservé en entier, quand bien même l'émolument de la servitude serait divisible.

Cet art. 710 combiné avec l'art. 883 a fait naître un conflit entre la jurisprudence et la doctrine.

Posons d'abord la question : Une succession est indivise pendant cinq ans, par exemple ; l'un des cohéritiers est mineur, la prescription ne court pas contre lui ; il conserve donc les droits de servitude dus à l'immeuble héréditaire, qui, dans ce cas, est l'immeuble dominant ; le partage se fait et le fonds dominant tombe au lot d'un des cohéritiers majeurs ; peut-il se prévaloir de la suspension de la prescription pendant les cinq ans qu'a duré l'indivision ?

Voyons quel est le système de la Cour de cassation, qui a cassé deux arrêts des Cours d'Amiens (5 déc. 1840) et de Nancy (29 nov. 1851). (Cass., 29 août 1853, Dalloz, 1853, première partie, p. 230) : « Attendu que cet article 883 dispose d'une manière générale et absolue que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession... ; attendu que ceux de ses cohéritiers, qui étaient alors mineurs, sont censés d'après l'art. 883, du Code civil n'avoir jamais eu la propriété des deux immeubles dont il s'agit, et qu'ainsi le privilège de minorité qui leur appartient d'après l'art. 2252 n'a pu empêcher le cours de la prescription, à l'encontre des immeubles qui sont censés leur avoir été toujours étrangers. Attendu que l'art. 710 du Code civil statue pour le cas

d'une copropriété permanente et définitive, et non pour celui d'une simple indivision transitoire et qui a cessé..., casse ».

Cette jurisprudence est bien formelle dans son sens, mais la doctrine soutient l'opinion contraire : le copartageant, dans le lot duquel tombera l'immeuble, pourra se prévaloir de l'art. 2252; et d'abord nous avons vu que l'exercice de la servitude se conserve même par le fait d'un étranger, et ici nous avons une possession commune à laquelle la loi dans les art. 709 et 710 attache des effets, et on n'en tiendrait pas compte? De plus le mineur conserve le droit de tous les autres, nous dit l'art. 710; or s'il le conserve, ce n'est pas d'une manière provisoire, car sans cela il n'aurait conservé que son droit propre; non, il a conservé le droit à l'immeuble lui-même et au moment du partage, cet immeuble doit entrer dans la composition des lots avec la servitude qui lui a été conservée; sans quoi c'est ouvrir des recours en garantie des majeurs contre le mineur, recours par suite desquels le mineur se trouverait privé lui-même par contre-coup de la faveur que lui accorde l'art. 710. Enfin cet arrêt méconnaît le but de la fiction de l'art. 883, qui est d'empêcher les copartageants de se nuire réciproquement pendant la durée de l'indivision; cet article ne règle que la transmission du droit et ne s'occupe pas du fait; or cette possession indivise, qui est un fait, il est impossible

que l'on n'en tiennne pas compte, comme le fait la jurisprudence. Enfin, la Cour de cassation admet que les articles 709 et 710 ne sont pas en cause dans ce cas particulier d'une succession, qui reste régi par l'art. 883; ils ont trait à une copropriété permanente et définitive; mais c'est là une distinction que la loi ne fait pas : car elle parle d'indivision, elle s'occupe du cas le plus général, de l'indivision d'hérédité, indivision qui dans un temps assez court se résout par un partage; d'autant plus que nulle indivision n'est perpétuelle, puisque nul n'est tenu d'y rester. Nous pensons donc sur cette question avec M. Demolombe (t. XIII, § 999), que les art. 709 et 710 doivent l'emporter sur l'art. 883, que nous limitons seulement à la transmission du droit.

Nous avons jusqu'ici étudié l'effet d'une prescription qui court contre une servitude qui existe, et qui a été exercée. Supposons maintenant que la servitude n'ait jamais été exercée : à plus forte raison la prescription court-elle contre cette servitude, car elle semble bien inutile; en outre la charge n'en pèse pas moins sur le fonds servant, car si on n'exerce pas son droit, on peut cependant l'exercer; c'est là une charge éventuelle qui durera tant que la servitude ne sera pas prescrite.

Il nous reste donc maintenant à examiner à partir de quel moment va courir la prescription.

1° Pour les servitudes discontinues, ce sera à partir du jour où elle est constituée, car c'est à partir de ce

jour, que celui à qui elle a été concédée, peut s'en servir; s'il ne le fait pas, il tombe sous le coup de l'article 707;

2° Pour les servitudes continues, le point de départ présente plus de difficultés : et d'abord il faut supposer que l'état de choses qui constituait l'exercice de la servitude n'a pas été établi ; car sans cela elle serait exercée, puisqu'une fois établie, elle existe toujours tant qu'on ne change pas l'état des lieux ; soit par exemple une servitude de vue qui est stipulée au profit d'une maison. Le propriétaire reste trente ans sans ouvrir des fenêtres qu'il pouvait établir : il y a donc non-usage pendant trente ans ; le droit à la servitude est éteint par application de l'art. 2262 : « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans ». Et que l'on ne vienne pas nous opposer ici l'art. 707 : cet article exige ici un acte contraire, c'est vrai, mais il n'a rien à faire dans notre hypothèse, car bien évidemment cet acte suppose par sa nature que la servitude a été d'abord exercée, ce qui n'est pas notre cas.

Mais supposons maintenant une servitude de vue, stipulée au profit d'un bâtiment non encore construit : un jugement du tribunal de Béziers, en date du 30 avril 1861, avait admis que dans ce cas la prescription ne courrait pas tant que le bâtiment n'était pas construit, car il considère ce droit comme conditionnel,

sans quoi on aurait diminué, par le fait de cette stipulation, le droit qu'un propriétaire a de bâtir ou de ne pas bâtir. D'après ce jugement cette condition est tacite et découle de la commune intention des parties ; mais la Cour de cassation a cassé ce jugement par un arrêt en date du 14 décembre 1863 (Dalloz, 1^{re} partie, page 126) : « Attendu qu'ils s'agit ainsi dans l'espèce d'une prescription d'une servitude promise et non encore constituée, qui, par conséquent, se trouve régie par les principes relatifs à la prescription des droits conventionnels en général ; attendu que si la servitude de jour, stipulée dans le contrat de vente au profit du bâtiment qu'Oullier se proposait de construire, ne pouvait être définitivement constituée que par la construction de ce bâtiment, il n'en est pas moins certain, d'après les termes de la stipulation que l'obligation contractée par Angis de souffrir cette servitude n'était subordonnée à aucune condition, ni à aucun terme ; ...qu'en conséquence Oullier et ses successeurs ont pu en réclamer immédiatement l'exécution... ; casse. » Nous admettons ce système, car ici, d'abord, il n'y a point de servitude exercée, et cependant le fonds dominant existe ; la question dans ce cas revient à l'application de l'art. 706 ; et en outre, comme le fait bien voir cet arrêt précité, il n'y a pas dans cette hypothèse à appliquer l'art. 2257 ; car le droit d'exercer cette servitude n'a été subordonné à aucune condition.

Nous avons étudié les conditions et la durée de la prescription des servitudes ; il nous faut maintenant passer à l'étude de la preuve de cette prescription.

Nous appliquerons ici l'art. 1315, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » ; c'est donc au demandeur à prouver le fondement de sa demande, et on admet que le fardeau de la preuve incombe à celui qui prétend avoir droit à une servitude ; de même nous devons ici appliquer la règle *reus in excipiendo fit actor*.

Faisons donc l'application de ces principes aux servitudes : 1° continues ; 2° discontinues.

Pour les servitudes continues dont le titre a été exécuté, remarquons que le propriétaire d'une semblable servitude est en même temps en possession de son droit ; donc, le propriétaire du fonds dominant n'a rien à prouver ; car le titre n'étant pas contesté, il résulte de l'exécution du titre qu'il a usé de la servitude ; par suite la preuve du non-usage ne peut résulter que d'un acte contraire, c'est à celui qui invoque cet acte comme moyen libératoire à en faire la preuve ; le propriétaire ne serait tenu à une preuve que dans le cas où il prétendrait que l'acte, pour une cause quelconque, n'a pas pu faire courir la prescription.

Pour les servitudes discontinues, il faut examiner si celui qui invoque le titre est ou n'est pas en possession : s'il est en possession, sa preuve est toute faite ;

il possède, donc le non-usage n'a pu éteindre son droit, pourvu que le dernier acte de possession ne remonte pas à plus de trente années ; c'est donc le propriétaire du fonds servant qui doit prouver qu'il y a eu un non-usage de plus de trente années successives.

Si au contraire, il ne possède pas, il ne pourra pas évidemment se prévaloir de son titre seulement puisque nous devons supposer, pour que l'hypothèse se présente, que ce titre ait plus de trente ans d'existence ; il faut donc prouver une possession de la servitude, si l'on prétend s'en servir. Qui devra faire la preuve de cette possession ? C'est ce point qui est fort controversé. M. Delangle, avocat général à la Cour de cassation, a soutenu que, conformément aux principes généraux, c'est au propriétaire du fonds servant à faire la preuve de son allégation : « N'est-il pas en effet, dit-il, contraire aux principes du droit que celui qui réclame l'exercice d'une servitude constituée par acte authentique, soit tenu, si la prescription est opposée par le détenteur du fonds grevé, de prouver que la prescription n'est pas acquise, et que par des faits constants accomplis il y a moins de trente ans, il a conservé son droit ? N'est-ce pas, au contraire, à celui qui invoque la prescription à justifier son exception ? La prescription est une exception, le défendeur qui l'allègue, devient demandeur et doit prouver » (Voir Dalloz, *Prescription*, page 138).

Ce système fondé sur le principe écrit dans l'art. 1315 n'a pas été admis par la Cour de cassation ; elle décide constamment que celui qui réclame en qualité de demandeur le maintien d'une servitude, quand la possession actuelle n'existe pas, doit prouver qu'il a exercé la servitude depuis moins de trente ans, de manière à en empêcher l'extinction par non-usage : « Attendu que la servitude, lors même qu'elle est établie par des titres, se perd par le non-usage pendant trente ans ; que la loi n'admet la prescription d'une possession intermédiaire qu'en faveur du possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement ; que celui, qui n'est pas possesseur actuel, ne peut se prévaloir d'une ancienne possession pour en induire la présomption que sa possession s'est continuée pendant une partie quelconque des trente dernières années ; que c'est par conséquent à lui, lors même qu'il représente un titre, constatant qu'il a autrefois possédé, à prouver qu'il est possesseur actuel et qu'à ce titre il a conservé la servitude » (Cass., 6 fév. 1833).

Cette opinion est également soutenue par beaucoup d'auteurs, et voici ce que dit M. Demolombe à ce sujet : « Toutes les servitudes, tant réelles que personnelles, se prescrivent, en effet, par trente ans ; or, le titre que vous invoquez pour soumettre mon fonds à l'exercice d'une servitude, que vous ne possédez pas, ce titre a plus de trente ans ; donc il est prescrit ; donc il est dé-

sormais impuissant à prouver l'existence du droit que vous réclamez. Comme on le voit, cette distinction (être en possession de la servitude ou ne pas y être) n'est qu'une application de la règle générale, en matière de preuve, qui veut que l'obligation de prouver soit imposée au demandeur, ou plutôt généralement à celui qui affirme ».

Cependant, nous admettons plus volontiers le système de M. Delangle, comme plus conforme aux principes : où se trouve dans la loi cette distinction entre ceux qui sont en possession et ceux qui ne sont pas en possession de leur droit ? dans l'art. 2234, répond-on. Mais cet article établit une présomption de non possession contre celui qui ne possède pas actuellement, et c'est tout : qu'il y ait une probabilité que celui qui ne possède pas ait perdu la servitude par non-usage, c'est évident, mais de quel droit vient-on donner à cette probabilité la force de la présomption de l'art. 2234 ; on admet donc que sur cette probabilité le titre est devenu un non-titre ? Non, le demandeur n'a qu'une chose à prouver, son droit : cette preuve, il la fait en montrant son titre, et c'est au défendeur à prouver alors que le droit établi par ce titre est éteint par non-usage, s'il veut s'opposer à l'exercice d'une servitude, dont le titre a plus de trente années d'existence. En outre, cette solution est bien plus conforme à l'article 1305, qui doit régir les servitudes comme toutes

les autres matières. Quant à la preuve, elle se fera le plus souvent par témoins, car nous sommes dans une hypothèse où l'on ne peut généralement se procurer une preuve écrite.

Quel sera l'effet de la prescription ? Elle éteint le droit (art. 707). La jurisprudence et avec elle nombre d'auteurs admettent que le propriétaire du fonds grevé pourra renoncer à la prescription acquise, mais il ne faut pas oublier que la renonciation est un fait qui ne se présume pas. Il faut donc qu'elle résulte d'un acte, qui suppose formellement l'abandon d'un droit acquis. On a dit contre ce système que la prescription avait éteint radicalement la servitude, et que, par suite, celle que l'on pouvait acquérir après, quoiqu'elle fût absolument semblable, serait une servitude nouvelle qui ne pourrait être fondée que par la prescription, qu'en tant que la loi permettrait de l'acquérir par cette voie. Mais on peut répondre qu'il y a un principe généralement admis dans le cas d'une renonciation à une prescription acquise, c'est qu'elle fait revivre le titre en vertu duquel on jouissait quand la prescription a commencé ; la prescription, d'ailleurs, ne peut pas être appliquée d'office par le juge (art. 2222) ; par suite, si le défendeur ne l'invoque pas, la servitude subsiste toujours en vertu de son titre primitif.

Avant de terminer ce deuxième chapitre, il nous reste à examiner une grave question.

Nous avons vu d'après l'art. 706 que la prescription, pour éteindre les servitudes, doit durer trente ans ; ne peut-elle pas être plus courte ? En un mot, pourrions-nous appliquer aux servitudes les dispositions de l'article 2263 : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en acquiert la propriété par dix... ou par vingt ans. »

Pour que la question se présente, il faut donc supposer que l'on a acquis de bonne foi et par juste titre un immeuble grevé de la servitude, alors qu'on l'en croyait exempt : ces servitudes seront-elles prescrites par le même laps de temps qu'il faudrait pour prescrire la propriété, si on avait besoin d'acquérir cette dernière par prescription ?

Exposons d'abord le système qui contient l'affirmative : il y a en premier lieu des arguments historiques. Nous avons vu à ce sujet, dans la première partie de cette thèse, ce qui se passait en droit romain ; de plus notre ancien droit était conforme à cette idée de la prescription de la liberté des héritages. Citons ce que dit Pothier à ce sujet, car son système est la base de celui qui actuellement soutient l'affirmative chez nous (Pothier, *Traité des prescriptions*, n° 139) : « L'acquéreur de servitudes, soit personnelles, soit prédiales, acquiert par la prescription de dix ou vingt ans l'affranchissement de ces servitudes, lorsqu'elles ne lui ont pas été déclarées et qu'il n'en a eu aucune connais-

sance pendant tout le temps de la prescription, ceux qui ayant un droit de servitude n'en ont usé pendant le dit temps. En vain opposerait-on que par l'art. 186 de la coutume de Paris, il est dit que la liberté des servitudes se peut acquérir contre le titre par le temps de trente ans ; donc, dirait-on, elle ne peut s'acquérir par un moindre temps ; elle ne peut être sujette à la prescription de dix ou vingt ans. Je réponds que la prescription de trente ans, qui fait acquérir la liberté des servitudes, dont il est parlé dans l'art. 186, est la prescription à l'effet de se libérer qui résulte uniquement du non-usage de la servitude et qui en fait acquérir la libération, même à ceux qui les auraient constituées, ou à leurs héritiers ; ce n'est que de cette espèce de prescription de l'art. 186, qui n'a rien de commun avec la prescription de l'art. 114, qui résulte de la possession qu'un acquéreur de bonne foi a eue d'un héritage, qu'il a possédé, comme franc de droits de servitude, dont il était chargé ». Or, dit-on, notre Code n'a point dérogé à cette doctrine, puisque, remarquons-le, les art. 706 et 2265 du Code civil expriment absolument les mêmes idées que les art. 186 et 114 de la coutume de Paris. Pothier distingue ici entre la prescription libératoire, qui ne produit son effet extinctif que par le simple non-usage, prescription régie absolument par l'art. 186 de la coutume de Paris et la prescription acquisitive, qui n'est pas visée par cet art. 186, mais

qui reste régie par les principes généraux de cette matière ; or puisque l'on acquiert la pleine propriété par une usucapion de dix à vingt ans, on peut *a fortiori* acquérir par la même usucapion les démembrements du droit de propriété ; car ici les conditions de l'usucapion sont remplies : on dit que pour les servitudes, le tiers détenteur ne les possède pas, puisqu'il ne les exerce pas ; il ne prescrit donc pas contre le propriétaire du fonds dominant ; il ne peut par suite lui opposer que le non-usage. Mais on répond à cet argument que celui qui possède la toute propriété possède par suite les démembrements de toute espèce dont se compose ce même droit, ce qui lui permet bien d'invoquer la prescription acquisitive pour prétendre non pas que les servitudes soient éteintes, mais qu'il a acquis la pleine propriété de ce qu'il a possédé ; et cette pleine propriété, il ne l'aurait pas, si un démembrement quelconque appartenait à un autre qu'à lui. On pourrait d'ailleurs invoquer ce qui se passe pour l'usufruit, tout le monde admettant que l'art. 617 n'est qu'indicatif ; mais il y a un texte plus probant, en ce sens qu'il se rattache plus à notre hypothèse ; car enfin on comprend facilement que la jouissance du tiers détenteur exclut celle de l'usufruitier. C'est l'art. 2180 qui consacre ce système, relativement aux hypothèques : le tiers détenteur prescrit contre les créanciers hypothécaires par le même laps de temps que celui qui lui serait néces-

saire pour acquérir la propriété de l'immeuble à son profit; et cependant on ne peut pas dire qu'il possède le droit du créancier hypothécaire; si cette extinction de l'hypothèque a lieu, ce n'est que parce que le tiers détenteur prescrit à l'effet d'acquérir l'immeuble plutôt qu'à le libérer des charges qui le grèvent. Or, comme les servitudes sont, aussi bien que les hypothèques et les privilèges, des droits réels, ce qui est établi en faveur de l'acquéreur, relativement au droit hypothécaire, doit également avoir lieu par rapport au droit de servitude. Dans l'un comme dans l'autre cas, celui qui a prescrit l'immeuble l'a prescrit dans son entier, sans diminution de propriété.

Enfin il y a un texte que l'on peut invoquer encore comme argument, c'est l'art. 35 de la loi du 11 brumaire an VII sur les expropriations forcées. « Les droits de passage, droits de vue et les autres services fonciers occultes, même non patents, dont l'exercice n'est point continu, ainsi que les prestations réelles non rachetables, s'ils ont été expressément réservés dans l'état des charges d'adjudication, se prescrivent par le même laps de dix années, à compter du jour où leur exercice aura entièrement cessé. »

Un arrêt longuement motivé de la Cour de Nancy, en date du 14 mars 1842 (Sirey, 1842, 2^e partie, p. 132), applique ce système; il énumère tous les arguments cités ci-dessus, et explique l'esprit des législations du

Code sur ce point : « Attendu que c'est sous l'empire de cette législation (ancien droit et droit intermédiaire) que fut rédigé en l'an VIII le projet du Code civil; que l'art. 46 du titre XX fut conçu à peu près dans les mêmes termes que l'art. 2265, auquel il correspond; mais qu'il est aisé de reconnaître que la pensée du législateur moderne n'a pas été de changer le droit commun généralement reçu à cette époque... que, loin de là, tout tend à démontrer qu'il a entendu consacrer le principe qui existait alors; qu'en effet, s'il en eût été autrement, ce changement n'aurait pas eu lieu sans observation, sans des motifs longuement développés; que cependant le travail de la commission, les observations des Cours appelées à donner leur avis et les discours des orateurs du gouvernement gardant le silence le plus absolu à cet égard; qu'on y voit au contraire, par l'exposé des motifs, qu'on n'a point aspiré à la création d'un système nouveau. » Malgré cette argumentation si serrée, nous pensons avec la jurisprudence, et nombre d'auteurs pensent comme elle, que les servitudes ne s'éteignent que par un non-usage de trente ans; la prescription acquisitive de dix à vingt ans n'aura pas d'effet sur elles. L'art. 704 est général, et la distinction que l'on veut faire, entre celui qui a constitué la servitude et le tiers acquéreur, est tout à fait arbitraire, car, dans ce cas, comme dans l'autre, l'obligation n'est ni moindre, ni plus lourde, c'est un

droit réel dont s'affranchit celui qui l'a constitué en cessant d'être propriétaire, car c'est le fonds qui la doit. Il faudra donc traiter de la même façon les propriétaires du fonds, quels qu'ils soient, quand on étudie l'extinction des servitudes par la prescription; d'autant plus que le tiers acquéreur ne peut pas prétendre avoir acquis la prescription d'une servitude, car comment pourrait-on concevoir que son fonds, qui est le fonds grevé, acquiert une servitude? On dit bien qu'il la possède en possédant tout le fonds, et qu'il aura de cette sorte à affranchir son fonds des charges qui le grevaient, mais il arrive à ce résultat par une prescription acquisitive, et l'art. 706, applicable dans ce cas, nous parle d'une prescription libératoire de trente ans.

Enfin, puisque, comme nous venons de l'établir, qui que ce soit invoque l'extinction d'une servitude, ne peut se prévaloir que du non-usage, cette prescription est réglée au titre des servitudes par l'art. 706, l'article 2265, s'appliquant au cas d'une prescription acquisitive, ne peut trouver sa place dans notre hypothèse; et c'est du reste là une application de l'art. 2264, puisque nous trouvons au titre des servitudes des articles indiquant par quel délai se prescrivent ces droits réels.

Tels sont les arguments de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui n'a jamais varié sur ce point; voici d'ailleurs un de ses derniers arrêts, dans lequel

nous trouvons exposés ces principes : « Sur le moyen tiré de la violation de l'art. 2265 du Code civil et d'une fausse application de l'art. 706 du même Code ; attendu qu'aux termes mêmes de l'art. 2265, la prescription de dix à vingt ans est particulière à l'acquisition de la propriété des immeubles ; que loin d'avoir étendu cette prescription à l'existence des immeubles, l'art. 2264 dispose que les règles de la prescription sur d'autres objets sont expliqués dans les titres, qui leur sont propres, et que, d'après l'art. 706, la prescription de trente ans est la seule qui puisse opérer l'extinction des servitudes... Rejette » (23 nov. 1875, Dalloz, 1876, 1^{re} partie, p. 423).

Il nous reste donc à réfuter l'argument tiré de l'article 2180-4°, car pour ce qui est de l'argument historique, nous ne nous en occuperons pas ; il est certain que le système opposé à celui que nous soutenons était admis dans notre ancien droit, mais cela prouve simplement que le Code n'a pas suivi la tradition de Pothier, et c'est tout ; du reste ce n'est pas la première fois que cette théorie est admise : l'*usucapio* à l'époque classique ne faisait acquérir l'immeuble qu'avec les charges qui le grevaient.

Pour l'art. 2180-4°, remarquons bien que le système adverse ne s'en sert que comme argument d'analogie : les hypothèques, droits réels, sont éteintes par voie de conséquence par la prescription de dix à vingt ans ;

donc, dit-on, il en sera de même pour les servitudes, qui, elles aussi, sont des droits réels. Ce serait vrai peut-être, si les conditions étaient les mêmes; or, elles ne le sont pas : l'art. 2180 a justement soin de nous dire que la prescription ne coure au profit du tiers acquéreur contre les créanciers hypothécaires, que du jour où son titre a été transcrit sur les registres du conservateur. C'est là une disposition, qui n'existe pas pour les servitudes; et cependant si on applique la prescription de dix à vingt ans, le propriétaire du fonds dominant a grand intérêt à être averti de la mutation de la propriété; car on va faire courir contre lui une prescription plus courte d'abord, et ensuite même dans des cas où il n'aura pas cessé de jouir : par exemple une servitude négative, la servitude *non altius tollendi* : le tiers détenteur ne construit pas et cependant après dix ou vingt ans, il pourrait prétendre que son fonds est libre.

Remarquons en terminant que l'acquéreur, dans le cas que nous venons d'examiner, ne fait pas par lui-même les actes d'exercice de la servitude au lieu et place de celui qui aurait le droit de les faire, et notamment pour les servitudes négatives, si son fonds était grevé d'une servitude de ne pas bâtir; il vient dire simplement que s'il n'a pas construit, c'est parce que c'est un acte de pure faculté de construire ou de ne pas construire. Mais le propriétaire du fonds dominant pourra répondre qu'il pouvait se considérer comme

exerçant véritablement son droit, tant qu'on n'y portait pas atteinte par une construction ; et rien ne le mettait en demeure d'affirmer son droit, dont la jouissance n'avait jamais été troublée.

Donc, en résumé, nous croyons que les servitudes ne peuvent s'éteindre par la prescription, qu'après un délai de trente ans de non-usage ; de même qu'elles ne peuvent s'établir par prescription que par un délai de trente ans.

Il nous faut parler d'une modification apportée au premier système par Marcadé (sur l'art. 706, n° 3). Il applique la prescription de trente ans, si celui qui l'invoque a acquis le fonds servant du véritable propriétaire, parce qu'alors l'extinction de la servitude est l'objet direct de la prescription ; au contraire, il applique la prescription décennale, si celui qui l'invoque a acquis *a non domino* : parce qu'alors l'extinction de la servitude se produit comme conséquence de la prescription acquisitive de la propriété. C'est là une distinction que ne fait pas l'art. 706 ; de plus, c'est retomber dans le premier système que d'admettre que dans le deuxième cas l'extinction de la servitude sera la conséquence forcée de l'acquisition de la propriété.

Pour finir cette matière, nous dirons donc que toutes les servitudes sont prescriptibles par trente ans, et cette prescription sera dans tous les cas une prescription libératoire.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA PRESCRIPTION AU POINT DE VUE DU MODE DE LA SERVITUDE

Nous avons parlé jusqu'ici de l'acquisition et de l'extinction des servitudes par prescription ; mais il nous faut maintenant voir quelle est l'étendue de cette acquisition et de cette extinction, étendue qui peut varier suivant les différents modes d'exercice des servitudes.

Nous diviserons ce chapitre en deux paragraphes : dans le premier, nous traiterons des effets de la prescription acquisitive, et dans le second des effets de la prescription libératoire.

§ 1. *Prescription acquisitive.*

Il faut encore distinguer entre les servitudes continues et apparentes et les autres servitudes ; pour les

servitudes continues et apparentes, nous n'avons pas de texte, mais bien évidemment si elles ont été acquises par prescription, nous appliquerons la règle *tantum præscriptum quantum possessum*; si donc, j'ai d'abord prescrit une servitude, il est hors de doute que je puis invoquer comme conséquence de mon acquisition par prescription l'art. 696 : « Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user; ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage ». Si donc, une servitude discontinue est l'accessoire d'une servitude continue et apparente, nul doute que cette servitude sera acquise, mais non pas par prescription, ce qui est impossible, mais par effet de la loi. Cependant nous voyons que la jurisprudence de la Cour de cassation invoque, pour la prescription du mode de la servitude, l'argument *a contrario* tiré de l'art. 708 : « Attendu que suivant l'art. 708 du Code civil, le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même et de la même manière, que cette règle n'est pas moins applicable à la prescription acquisitive qu'à la prescription extinctive; que la servitude de prise d'eau et d'aqueduc est susceptible d'exister avec ou sans un droit de passage pour en assurer ou en faciliter la jouissance: que ce droit, lorsqu'il s'y joint accessoirement, n'est qu'un mode de son exercice... Rejette » (Cass., 26 janv. 1880; Sirey, 1880,

1^{re} partie, p. 261). Cet arrêt nous donne une solution qui dans ce cas nous semble juste, mais cependant nous n'admettons pas son raisonnement : si l'on emploie dans tous les cas l'argument *a contrario* tiré de l'article 708, on en arrivera à dire qu'une servitude discontinue, mode d'une servitude, continue et apparente si l'on veut, est prescriptible ; or, cela ne se peut comme contraire à l'art. 691. Ou bien dans ce cas particulier la servitude de passage était l'accessoire de la servitude de puisage, et alors elle est acquise par effet de la loi en vertu de l'art. 696 et sans le secours d'aucune prescription ; ou bien elle n'est pas l'accessoire obligé de cette servitude principale, et alors il faut encore moins parler de prescription, puisque ce serait aller directement contre tous nos principes en matière d'acquisition des servitudes ; aussi n'admettrons-nous pas même dans ce premier cas que c'est parler exactement que de dire que le mode de la servitude peut s'acquérir par prescription ; l'argument *a contrario* est toujours dangereux et souvent peu probant.

Il faut donc distinguer soigneusement ce qui est l'accessoire de la servitude, puisque cela seulement sera acquis en même temps que l'on aura prescrit ou acquis la servitude primitive. A ce propos, nous allons étudier une question fort controversée : la servitude de tour d'échelle, servitude discontinue, est-elle l'accessoire d'une servitude d'égout des toits ? Et d'abord

qu'est-ce que cette servitude : c'est le droit pour le propriétaire du fonds dominant de poser une échelle sur l'héritage de son voisin et arriver de cette sorte à faire les réparations nécessaires à l'égout situé sur le côté extérieur de la maison ; cette servitude est-elle un accessoire de la servitude d'égout des toits ? telle est notre question. Un premier système dit que cette servitude n'est pas la suite nécessaire de celle d'égout, car on voit journellement que des réparations se font au toit d'un bâtiment au moyen d'échelles volantes, et sans qu'on pénètre sur l'héritage voisin. Ce système a pour lui la jurisprudence que nous trouvons exposée dans un arrêt de la Cour de Bourges en date du 3 août 1831 (Sirey, 2^e partie, p. 131, 1831). « La Cour, considérant que rien ne justifie le droit réclamé par Berger à un tour d'échelle de trois pieds ; qu'en vain il allègue que le toit de son bâtiment avance sur la cour de Dumais et déverse ses eaux sur icelle ; qu'en supposant ce que la Cour n'a point à juger que Berger ait le droit d'égoutter ses eaux sur la cour de Dumais, il n'aurait pas acquis par cette servitude la propriété d'un tour d'échelle et le droit de passer sur la propriété de son voisin pour y parvenir ; que la servitude d'égout et celle de tour d'échelle sont étrangères l'une à l'autre, et peuvent exister l'une sans l'autre, puisque la première est continue et apparente, et la seconde non apparente et discontinue, et ne peut

dès lors s'acquérir sans titre ; dit qu'il a été bien jugé. »
— Nous n'admettons cependant pas ce système, car il arrivera fort souvent que la servitude d'égout entraîne nécessairement un droit de passage et par suite un droit d'échelage pour les réparations ; car si mon voisin m'a concédé une servitude d'égout des toits, il a dû raisonnablement me mettre à même de jouir de cette servitude en me permettant de mettre les lieux en état pour que mon droit puisse s'exercer ; en vain dira-t-on, qu'il suffit d'échelles volantes, on ne pourra pas contraindre le propriétaire du fonds dominant à se servir de ce moyen souvent impraticable. Du reste la jurisprudence et beaucoup d'auteurs donnent, quand la servitude principale est une servitude légale de clôture, le droit au tour de l'échelle, mais seulement par application de l'art. 682 du Code civil ; on donne il est vrai pour raison à cette exception que c'est une chose naturelle, puisque le tour d'échelle aura pour objet l'entretien d'un mur, dont le voisin profite pour être clos ; mais c'est là une raison de distinguer que nous ne comprenons pas : ou la clôture aurait pu être réparée tout comme l'égout, avec des échelles volantes, et alors il faut leur appliquer la même règle, car qui donc nous permet d'interpréter une servitude légale plus largement qu'une servitude née du fait de l'homme ; la réparation de l'égout est ou n'est pas impossible, du moins pratiquement, abstraction faite de toute concep-

tion, souvent presque irréalisable; si elle est impossible à entretenir sans le tour d'échelle, il faut nécessairement regarder cette dernière servitude, comme un accessoire de la servitude principale, qu'elle soit légale ou non.

De tout ceci, nous ne voulons cependant pas conclure que la prescription n'aura aucun effet sur le mode de la servitude; si ce mode lui-même est une servitude continue, nul doute que l'on ne puisse l'étendre par une prescription de trente ans. Si par exemple j'ai le droit d'avoir un aqueduc qui m'envoie les eaux d'une source, aqueduc dont le débit est d'un hectolitre par minute, et que je jouisse pendant trente ans d'un aqueduc d'un débit double, nul doute que j'aurai acquis ce droit double; mais il est vrai qu'ici nous pourrions dire que l'on a acquis une servitude autre que la servitude primitive, quoique cependant celle-ci ait été exercée; nous aurions donc à appliquer ici l'art. 690 et non pas l'argument *a contrario* de l'art. 708; mais c'est bien subtil.

Il nous reste encore un point à examiner dans cette difficile matière: pourrions-nous appliquer cette prescription du mode pour les servitudes, qui auraient été acquises primitivement par titre; si, par exemple, ayant acquis de cette sorte une fenêtre à fer maillé, j'ai au bout d'un certain temps supprimé cette restriction au droit qui m'a été concédé, et je possède depuis plus de trente ans un châssis libre: *quid?* pourra-t-on

repousser la prétention du propriétaire du fonds dominant et l'obliger à revenir dans les limites du contrat passé avec le propriétaire du fonds servant? Il semble que oui, car ici ce que prétend le propriétaire du fonds dominant, c'est acquérir un nouveau droit, et une des principales règles de la prescription acquisitive, c'est l'art. 2240 qui interdit de prescrire contre son titre; or on ne peut pas appliquer ici l'art. 708, qui ne s'occupe que de la prescription libératoire.

Cette théorie, soutenue par M. Demante (t. II, n° 567, *bis* 1), n'est cependant pas admise par tout le monde. L'art. 2240 défend de prescrire contre son titre en ce sens qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession; mais ici ce n'est pas ce qui se passe : on prescrit au delà de son titre, et c'est bien permis puisque cette servitude même peut être acquise par prescription. C'est du reste ce que décide un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 novembre 1826 (Sirey, 1827, 1^{re} partie, p. 29): « La Cour, — sur la prétendue violation de l'art. 2240 du Code civil; attendu que cet article prohibe, il est vrai, la prescription contre le titre, mais que la Cour royale de Pau a rendu hommage à ce principe; qu'elle a seulement reconnu et devait reconnaître que la prescription au delà du titre n'est pas également prohibée. » — Cette solution nous paraît tout à fait conforme à l'esprit de notre Code sur cette matière.

Passons maintenant aux servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ; — celles-ci ne peuvent pas être acquises par prescription ; nous pensons donc qu'elles ne sauraient être étendues ni aggravées par le même moyen. Cependant on peut dire que souvent la possession ne sera pas inutile ; elle servira à expliquer l'étendue de la servitude, car ici elle n'est pas invoquée pour acquérir la servitude, mais bien pour donner une interprétation à la volonté des parties, car l'on peut supposer que le plus souvent l'exercice de la servitude aura lieu suivant cette volonté ; c'est d'ailleurs le système de la jurisprudence : « Attendu que lorsqu'un droit d'usage est reconnu en vertu de titres formels, et qu'il ne s'agit que de fixer les limites dans lesquelles doit se borner ou s'étendre son exercice, à défaut de stipulations formelles écrites, les tribunaux peuvent s'en rapporter à la possession, comme un des éléments les plus propres à les éclairer sur la portée des titres et des intentions des parties ; que la possession dans ces circonstances n'est point appréciée comme moyen d'acquérir et de se libérer, mais qu'elle constitue seulement un moyen pour arriver à assurer l'exécution exacte et régulière des conventions ; que dans ces cas l'appréciation que les juges font de l'efficacité et de la portée des faits de possession est souveraine ; — attendu que les droits de pacage et d'abreuvement réclamés... étaient établis par un acte, que la moda-

lité était seule en question...; — qu'il résultait avec évidence d'une enquête ordonnée par le tribunal que... (la servitude était exercée d'une façon déterminée); que dans ces circonstances, en consacrant cette modalité, aucun des articles de loi précités n'a été violé..., rejette » (Dalloz, 1^{re} partie, p. 415, 1882; Cassation, 27 fév. 1882). Mais si, par exemple, il est démontré qu'ayant un droit de passage sur une partie d'un fonds, j'ai pendant trente ans passé sur une autre partie, j'aurai perdu une servitude constituée par titre, et ce en vertu de l'art. 706 du Code civil, et je n'aurai pas acquis de nouvelle servitude, puisqu'elle est discontinuée (art. 691). M. Demolombe soutient cependant la thèse contraire : il s'appuie sur ce que l'art. 691 défend d'acquérir par la possession la servitude elle-même, ou un mode d'exercice de la servitude, parce que la possession est réputée précaire, mais ici il y a titre, donc on ne peut pas admettre l'idée de précarité; de plus, ici, le propriétaire du fonds dominant ne demande pas une autre servitude, ni même un nouveau mode de la servitude, puisque le propriétaire du fonds assujéti lui-même pourrait en demander le déplacement (art. 701); or ici ce qu'il demande est un élément accessoire, qui est susceptible de changement et de modification; or ici la possession de trente ans fait présumer que ce changement a eu lieu du gré des parties. C'est là ce que nous trouvons dans un arrêt de la Cour de cassa-

tion en date du 15 mars 1848 (Sirey, 2^e partie, p. 664): « Considérant que s'il est établi par les enquêtes que depuis plus de trente ans la voie ou sentier sur lequel le passage devait s'exercer pour accéder au douet et à la fontaine était fermé dès l'extrémité du chemin des Touches par des planches qui avaient été placées pour donner le moyen d'éviter le mauvais chemin qui existait en cet endroit, et que cette voie était devenue à peu près impraticable, il l'est aussi que les habitants du hameau des Touches passaient par la pièce qui est le long de la voie... pour arriver au douet et à la fontaine; qu'il en résulte non pas que la servitude soit prescrite, mais que le moyen d'accès avait subi des modifications qui paraissaient d'ailleurs convenir aux intéressés, puisqu'elle n'avait donné lieu à aucune réclamation. » — Mais cet arrêt présente une hypothèse particulière: il y a impossibilité de passer par le chemin tracé par le titre; cependant nous n'admettons pas ce système, même dans ce cas, car si l'on change le lieu d'exercice d'une servitude de passage, on change la servitude et on en arrive à admettre la prescription d'une servitude discontinue.

Il nous faut donc bien distinguer dans ce chapitre, ce qui est de l'essence d'une servitude de ce qui n'est qu'accidentel; car quand un droit de cette nature a été constitué par un titre, même si la servitude est continue et apparente, on ne pourra pas par prescription chan-

ger les caractères essentiels du droit, car on tomberait sous le coup de l'art. 2236; il n'en est pas de même, comme nous venons de le voir, pour les caractères accidentels.

§ 2. *De la prescription libératoire.*

Nous avons vu dans notre thèse latine que les Romains admettaient que la servitude était conservée tout entière, si l'on en usait d'une manière quelconque; c'était là pousser jusqu'à l'exagération le principe de l'indivisibilité. Mais si chez eux la servitude ne pouvait pas être réduite par la prescription, il n'en est pas de même chez nous : nous avons déjà cité l'art. 708, qui permet de prescrire le mode de la servitude, comme la servitude même et de la même manière; donc il n'est plus permis de dire qu'un droit de servitude est conservé en entier, parce qu'on n'en aurait usé qu'en partie; la prescription aura pour effet de le modifier, non seulement d'une façon plus avantageuse, mais aussi d'une façon plus désavantageuse. On peut cependant critiquer cet art. 708 de notre Code civil, car si on a stipulé une servitude, c'est qu'elle est utile au fonds; et si on a en même temps stipulé un mode de cette servitude, c'est encore par utilité : or du mo-

ment où cette servitude est exercée, il est donné satisfaction à ce besoin du fonds, quelle que soit la façon dont le droit primitif est exercé.

Fixons d'abord les termes de l'art. 708 :

Le mode de la servitude, c'est-à-dire la manière dont on peut ou doit user de ce droit, peut se prescrire comme la servitude même, c'est-à-dire par le non-usage pendant trente ans, et de la même manière, c'est-à-dire, qu'il faudra encore appliquer ici l'article 707.

Passons maintenant aux applications de cet article 708.

Supposons que l'on n'ait pas exercé du tout la servitude : dans ce cas, la servitude est éteinte (art. 708); et si en même temps on a usé d'une servitude non due, il faudra appliquer les art. 690 et 691. De même si l'on n'a usé que de ce qui est l'accessoire du droit de servitude, on sera censé n'avoir pas usé du droit que l'on avait stipulé; par exemple, si celui qui a le droit de puiser de l'eau à mon puits a passé souvent sur mon fonds, et est venu jusqu'à mon puits, mais sans y avoir puisé de l'eau pendant trente ans, il est censé n'avoir pas usé de son droit, et il a perdu son droit de puiser de l'eau, sans même conserver celui de passer sur mon fonds; ce qui est logique, car le droit de passage ici n'est pas un mode d'exercice de la servitude, mais un

droit accessoire, qui forcément doit s'éteindre avec le droit principal.

Ce cas particulier étant étudié, voyons maintenant l'application de l'art. 708, quand on a usé de la servitude ; supposons d'abord que le mode seul de la servitude soit en cause, abstraction faite du mode d'exercice, qui exige une étude spéciale ; or, nous dit l'art. 708, il faut un non-usage : pour établir notre hypothèse, il faut donc supposer que le propriétaire du fonds dominant n'a pas usé de tout son droit, comme il le pouvait ; si la servitude est continue, pas de difficulté : si mon titre me donne le droit d'avoir trois fenêtres, et que je n'en ouvre que deux, au bout de trente ans je n'ai plus le droit d'ouvrir la troisième fenêtre. De même si le propriétaire du fonds servant a bouché une des fenêtres que j'avais ouvertes, je ne perds pas mon droit à la servitude, je ne perds qu'une partie de ce droit : « Attendu que cet acte (*acte contraire*) devenant pour le propriétaire du fonds servant le point de départ d'une prescription, qui lui fait acquérir des droits dont il était privé, par exemple, des jours ou des vues, qui lui étaient interdits, il y a lieu d'appliquer la maxime *tantum præscriptum quantum possessum*, et l'on ne saurait conclure d'une contradiction partielle à l'affranchissement total de l'héritage » (Dalloz, deuxième partie, p. 150. Metz, 6 juin 1866).

Nous avons supposé ici que le titre énumère le

nombre de vues que le propriétaire du fonds dominant pourra ouvrir; mais supposons, au contraire, que le titre laisse une latitude complète à ce sujet à celui qui jouit de la servitude, dont le mode de jouissance serait illimité; il gardera certainement ce caractère pendant trente ans; mais devons-nous ici appliquer l'art. 708 et dire qu'après trente ans de date du titre, je ne pourrai pas ouvrir d'autres fenêtres que celles ouvertes pendant ce temps?

Il y a d'abord un premier système qui regarde ce droit comme imprescriptible, parce que c'est un droit de pure faculté dont on est libre d'user ou de ne pas user: le titre me donne une faculté illimitée de jouir de mon droit; ce serait, dit-on, interpréter arbitrairement ma volonté, que de dire qu'en ouvrant une fenêtre, j'ai de cette sorte défini le mode de jouissance que je veux donner à mon droit. C'est là le système que nous trouvons exposé dans un arrêt de la Cour de Caen : « Considérant que le titre a été exécuté dans les trente ans de sa date par l'ouverture de deux fenêtres, et que par là le droit qu'il conférait a été mis à l'abri de la prescription établie par l'art. 706 du Code civil; que chaque fenêtre ouverte ne constituait point, dans ce cas, une servitude séparée, mais bien un mode d'exercice de la servitude générale de vue; et que ce ne serait qu'autant que trente années se seraient écoulées depuis l'établissement de ce mode de jouissance (ce qui n'existe

pas dans l'espèce), qu'on pourrait aux termes de l'article 708, du Code civil s'opposer à toute innovation » (Cassation, 1^{er} mars 1839; Sirey, deuxième partie, p. 298, 1839).

Nous n'admettons pas cette théorie, car ici ce qu'exerce le propriétaire du fonds dominant, ce n'est pas un acte de pure faculté, c'est un droit qui lui est conféré par un titre et comme tel il tombe sous l'application de l'art. 2262.

Mais nous ne pouvons admettre cette interprétation restrictive qu'autant qu'elle est contenue tacitement ou expressément dans l'acte constitutif; quand celui-ci ne dit rien, nous n'avons pas le droit d'y suppléer. Aussi adopterons-nous un troisième système, qui nous semble plus conforme aux principes généraux : dès que j'ouvre une fenêtre, je jouis de mon droit, qui ne peut s'éteindre que par non-usage de trente ans, et ce non-usage ne pourra courir qu'à partir du jour où j'ai ouvert la dernière fenêtre, puisque par ce fait j'ai joui de mon droit; donc, tant que l'on ne sera pas resté trente ans sans ouvrir de fenêtre, on jouira de la servitude et par suite du droit d'en ouvrir d'autres, qui, si elles sont créées à moins de trente ans d'intervalle, seront chacune à leur tour le point de départ d'une nouvelle prescription extinctive.

Appliquons maintenant, dans la même hypothèse, l'art. 708 aux servitudes discontinues.

Dans ce cas, dit-on, la servitude s'éteignant par prescription, elle peut *a fortiori* être éteinte partiellement de la même manière ; elle pourra donc être restreinte, et le mode qui permettait le titre est prescrit, quand on ne l'exerce pas pendant trente ans ; c'est naturel, car le fonds servant est en possession de liberté par le fait que le propriétaire du fonds dominant ne fait pas tous les actes qu'il est en droit de faire. C'est là une application complète du droit romain, et qui est admise généralement par tous les auteurs, quand les différents modes de la servitude ne peuvent pas être considérés, en fait, comme autant de droits distincts, séparés et indépendants les uns des autres ; car bien évidemment le droit de l'un ne se conserverait pas par la possession de l'autre. Mais hors ce cas particulier, on propose une solution contraire au système précédemment exposé, car alors le titre a conféré, par exemple, pour une servitude de passage constituée par un titre qui permet de passer soit à pied, soit à cheval, soit en voiture, un droit unique et illimité de passer au choix et suivant les besoins du fonds dominant ; le droit réside donc dans l'option que l'on a d'exercer à son gré la servitude ; or, par le fait de la jouissance, qu'elle s'exerce d'une façon ou d'une autre, le fonds servant n'a pas été en possession de liberté ; il a, au contraire, été soumis à l'exercice du droit tel qu'il était établi, puisque celui-ci a été exercé suivant les

besoins et convenances du propriétaire du fonds dominant, et on ne pourra appliquer l'art. 708 qu'autant que je n'ai pu exercer l'option que me conférait mon titre ; mais il faut que cette restriction ait eu lieu contre ma volonté, et non pour les besoins ou les convenances du fonds dominant (V. Demolombe, t. XIII, p. 551). C'est le système que suit également la jurisprudence : « La Cour, vu l'art. 708 du Code civil, portant que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière ; attendu qu'il suit de cette disposition que l'usage restreint d'une servitude pendant le délai de trente ans, à partir des époques indiquées dans l'art. 707, en entraîne l'extinction partielle, et par suite la réduction aux limites dans lesquelles elle a été exercée ; — attendu, il est vrai, que l'usage d'une servitude discontinue ne doit pas nécessairement être considérée comme un usage restreint par cela seul que la moitié du fonds dominant n'a fait dans l'héritage servant qu'une partie de ce que la servitude lui donnait le droit de faire ; — que s'il en a usé néanmoins d'une manière conforme à son titre dans la mesure de ses besoins et de ses convenances, il peut être considéré comme l'ayant intégralement conservée ; — mais qu'il n'en est plus de même si l'exercice limité de la servitude, loin d'être le résultat de la liberté d'option laissée à l'ayant droit par le titre constitutif, a eu, au contraire, pour cause l'état matériel

des lieux, qui en rendait l'usage complet impossible, et notamment si le maître du fonds dominant n'a pas établi les ouvrages nécessaires à la servitude dans toute son étendue » (Cassation, 29 août 1882; Dalloz, 1883, 1^{re} partie, p. 341).

Nous n'admettons pas ce système, car si le droit est prescriptible dans un cas, il l'est également dans l'autre; il faudrait ici presque un acte contraire. Or, l'art. 708 ne parle pas de cette contradiction; ou bien s'il n'y a pas d'acte contraire (quoique cette expression soit impropre quand on parle de servitudes discontinues), cet arrêt exige qu'il n'y ait pas de vestiges d'un exercice entier de la servitude. Mais depuis quand une servitude discontinue ne se prescrit-elle plus quand il subsiste des traces de la jouissance que l'on a exercée? L'art. 707 exige seulement le non-usage, et c'est tout.

Etudions maintenant l'hypothèse que nous avons laissée en dehors tout à l'heure. Le lieu d'exercice de la servitude est laissé de côté par le titre constitutif du droit. Par exemple j'ai le droit d'avoir une fenêtre ouvrant sur le fonds A, et j'en ouvre une sur le fonds B, qui appartient au même propriétaire: peu importe ici que l'on dise que la servitude est perdue par le non-usage, puisque, même si cette servitude est nouvelle, je pourrai prétendre l'avoir acquise par prescription. La question n'aura d'intérêt que si les deux fonds appartiennent à un mineur contre lequel la prescription

ne peut courir, lorsque j'ouvre la fenêtre que, d'après mon titre, j'aurais dû ouvrir de façon à exercer mon droit de vue sur le fonds A. Mon droit alors sera éteint, et je n'aurai pas acquis de servitude sur le fonds B.

Quid, si ayant le droit de passer sur une partie déterminée de votre fonds, je passe sur la partie opposée pendant plus de trente ans ? Ici encore nous dirons que la servitude est éteinte et que l'autre, qui, dans ce cas, est discontinue, n'est pas acquise ; il est vrai qu'il arrivera souvent alors qu'on déclarera éteinte une servitude dont on n'a pas cessé d'user. Aussi la jurisprudence a-t-elle repoussé cette interprétation littérale du texte de l'art. 708. Voici ce que nous trouvons pour cette hypothèse, dans un arrêt de rejet de la Cour de cassation, en date du 6 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1^{re} partie, page 26) : « Attendu en droit qu'il est vrai que la servitude de passage ne pouvant s'acquérir que par titre, le mode d'exercice de la servitude doit toujours être en relation de conformité avec le titre qui la constitue ; qu'il suit de là que si le titre mentionne taxativement le point de l'héritage servant par lequel doit se pratiquer le passage, cette servitude, limitée et circonscrite dans son mode d'action, peut s'éteindre par le non-usage pendant trente ans, sans que l'usage même trentenaire soit efficace pour conquérir légalement le droit de passer par un autre point du fonds assujetti, puisque ce passage nouveau ne serait plus con-

forme au titre ; mais que la situation change, lorsque le titre concède la servitude dans des termes généraux, qui n'impliquent pas son exercice sur une partie spéciale du fonds servant, car, dans ce cas, le titre est obéi même après que l'assiette de la servitude a été changée. » — On en arrive donc encore à des distinctions : on nous dit qu'il faut rechercher si l'assignation déterminée pour l'exercice de la servitude est limitative, ou si elle est simplement démonstrative, c'est-à-dire si elle n'a été mise dans le titre que pour régler seulement la manière dont le droit serait exercé. Dans le cas où cette assignation serait limitative, on appliquerait l'art. 708, car on constitue une servitude différente ; dans le cas où elle n'est que démonstrative, alors le non-usage n'existerait pas dans notre hypothèse, puisque l'on en a usé, et, comme dit M. Demolombe (t. XIII, § 10 34) : « Il y a deux choses qu'il ne faut pas confondre : la servitude elle-même, le droit principal que le titre a établi ; et ensuite l'indication du lieu ou du temps qui a été assigné pour son exercice. Or nous supposons qu'il est constaté en fait que cette indication n'est que secondaire, accessoire et simplement énonciative ; qu'elle ne forme pas, dans l'intention des parties, un des éléments constitutifs et essentiels de la servitude elle-même, de telle sorte que c'est la servitude, la même servitude qui a été établie par le titre, que l'on a exercée, encore bien

qu'on l'ait exercée sur un autre lieu ou dans un autre temps. »

Mais il y aura avec ce système une grande difficulté : il faudra interpréter les conventions et l'intention des parties ; ce sera toujours arbitraire, c'est pourquoi, malgré sa rigueur, nous nous tenons au premier système.

On voit par les exemples que nous venons de citer combien l'application de l'extinction des servitudes par non-usage à leur mode d'exercice peut soulever de questions délicates. Les exemples, que l'on rencontre dans la pratique, ont amené des distinctions bien subtiles pour savoir ce qui a été perdu de la servitude, ou ce qui en a été modifié ; et c'est une des hypothèses où l'application des règles du droit aux faits particuliers de la pratique présente le plus de difficulté.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Les servitudes urbaines et rurales se reconnaissent à la qualité du fonds dominant.

II. Les servitudes constituées par l'héritier, en attendant l'événement de la condition à laquelle est subordonné un legs *per vindicationem*, s'éteignent par l'arrivée de la condition.

III. Justinien n'a pas supprimé l'extinction des servitudes par simple non-usage, mais a simplement modifié la durée nécessaire pour ce mode d'extinction.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. Les servitudes ne sont constituées par pactes et stipulations qu'autant que ces pactes et stipulations seront suivis d'une quasi-tradition.

II. Le fardeau de la preuve incombe au demandeur dans l'action négatoire.

III. L'*adjudicatio* dans un *judicium imperio continens* ne confère pas le *dominium ex jure quiritium*, mais seulement la chose *in bonis*.

IV. La règle *mala fides superveniens non impedit usucapionem* s'applique même en matière de donations.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par la prescription de trente ans.

II. Les servitudes continues et apparentes peuvent seules s'acquérir par prescription, et aucun titre même coloré ne permet d'en prescrire d'autres.

III. La minorité de l'un des copropriétaires empêche la prescription par non-usage, quand même le fonds, par l'effet d'un partage, tomberait dans le lot d'un copropriétaire majeur.

IV. La possession d'un fonds par dix à vingt ans avec juste titre et bonne foi, ne produit pas l'extinction des servitudes dont ce fonds est grevé, quand il n'y a pas non-usage de trente ans.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. Le contrat de mariage fait par un mineur, sans les autorisations voulues par la loi, est annulable.

II. La personne pourvue d'un conseil judiciaire, a besoin de l'assistance de son conseil pour faire son contrat de mariage.

III. L'acheteur à réméré peut purger.

IV. L'acheteur peut agir en garantie contre le vendeur à raison des servitudes non apparentes, qui ne lui

ont point été déclarées, quand même la constitution de ces servitudes serait transcrite.

DROIT COMMERCIAL ET INDUSTRIEL

I. Le brevet d'invention ne donne pas à l'inventeur un droit de propriété.

II. La loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, ne reconnaît que la contrefaçon par fabrication.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. L'Assemblée nationale a le droit de faire une revision totale de la constitution.

II. Le pouvoir judiciaire est distinct du pouvoir exécutif.

Vu par le Président de la thèse,
A. BOISTEL.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

